إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثاني من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار البهية الكاشف لمعضلات

الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع بحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المسمى

بالفتح القدير

الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء اكمل الكملاء في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

اسكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح الفاضل الشريف العلام مولانا محمد اعظم حسين الخيرآبادي حفظه الله عن الآفات

في المطبع المنشي نولكشور الواقع في لكهنو

فہرس المجلد الثانی من فتح القدیر

فہرست کتب دینیہ سنت وجماعت موجودہ مطبع

نحمدہ ونصلی بر خواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد کہ فہرست کتب موجودہ کارخانہ اودہ اخبار اگرچہ بذریعہ فہرستہای جداگانہ پیوستہ اشتہار می پذیرد دیگر بمناسب وقت چنین می نماید کہ اسامی بعضی کتب دینیہ سنت وجماعت از فقہ واصول وتفسیر وکلام وحدیث کہ مناسبت تام باین کتاب داشتہ باشد بنابر اطلاع علما وفضلا وشائقین و ماہرین این علوم کہ اطلاع موجب بودنش را ذریعہ رفیعہ باشد نقل نمودہ می شود وآن اینست

کتب فقہ عربی واصول فقہ

فتاوای عالمگیری تمام وکمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایہ
ہدایہ شریف کامل مع ترجمہ فارسی
ہدیۃ المختار شرح رسالہ عضدیہ
احیاء العلوم عربی ہر چہار جلد
مختصر الوقایہ
جامع الرموز
شرح وقایہ محشی بحواشی مختلفہ
شرح وقایہ مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریفی شرح سراجیہ
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعہ تنقیح وتوضیح
وتلویح مع چلپی
شیخ الاسلام حاشیہ تلویح
ملا خسرو حاشیہ تلویح
کفایہ حاشیہ ہدایہ مع ہدایہ محشی بحواشی مختلفہ
عینی شرح ہدایہ تمام وکامل

کتب فقہ فارسی واردو

ترجمہ اردو در مختار ہر چہار جلد
حقیقۃ الصلوۃ
سبیل الجنان
فتاوای برہنہ تمام وکامل
مالابد منہ فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمہ احیاء العلوم کامل
شرح وقایہ فارسی
نور الہدایہ ترجمہ اردو شرح وقایہ
ترجمہ اردو کنز الدقائق
حجج الحج مسمی نہایۃ الشعور
فتاوای [illegible]
رسالہ فرائض
مسلک المتقین
عمدۃ البضاعۃ فی مسائل الرضاعۃ
تذکرۃ الجمعہ
احکام العیدین
موضح الحق
ہزار مسئلہ
شرع محمدی
رسالہ کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشہور والایام
خیرت الفقہ
ضمان الفردوس

کتب تفسیر ومثل آن

تفسیر کشاف
خلاصۃ الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
ہلالین حاشیہ جلالین
جواہر القرآن مترجم
مجموعہ زینت القاری
تفسیر سورہ یوسف منظوم
تفسیر زاد الاخرت
تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سورہ فاتحہ
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القلندر فی تحریر الانور
میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرویا
تحفۃ الاخیار ترجمہ مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمہ مجربات دیربی
ترجمہ تعبیر الرویا مسمی بتبادیل المنام
مصباح الہدایت ترجمہ عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر ہدایت ترجمہ کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثاني من الكتاب المستطاب الذي يزهر زهوها على الانوار البهية الكاشف لمعضلات

الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع بحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية الشهير

فتح القدير

مع متنه

الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء الفقهاء الكامل المكمل للمعقول والمنقول في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

اسكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح الفاضل الاديب العلامة مولانا محمد حسين النحرير الالهآبادي عظمه الله

في المطبع المنتسب الى منشي نولكشور الواقع في لكهنو

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضى لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين

كتاب النكاح هو اقرب الى العبادات حتى ان الاشتغال به افضل من التخلى عنه لمحض العبادة على ما نبين ان شاء الله تعالى فلذا اولاه العبادات والجهاد وان كان عبادة الا ان النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود المسلم فقط كذا قيل والحق ان الجهاد ايضا سبب لعباد او نقل الموصوف من صفة الى صفة اعنى من الكفر الى الاسلام يصح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما فى ذلك لكن النسبة بينهما فى تحصيل ذلك فان ما يحصل بالنكاح افراد المسلمين منه اضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل به او الذمة دون اسلام اهل الدار فقدم للاكثرية فى ذلك واما من ولى العبادات البيوع فنظرا الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس احد يعجز فى بداية تقديم معنى على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست فى الآخر فالمقدم يعتبر ما له فيسكت عما للآخر والعاكس يعكس ذلك النظر وانما ابداء وجه اولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق وهو يتوقف على النظر بين الخصوصيتين ايهما يقتضى اكثر اقتضاء للتقديم وقد يفضى الى تكثير الجهات لكل واحد وخصوصياته ويستدعى تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار فى ذلك ادخل فى طريق اهل العلم والتحصيل فلا بد من تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل امور الامر الاول مفهومه لغة قيل مشترك بين الوطى والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة فى العقد مجاز فى الوطى وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بانه حقيقة فى الضم ولا منافاة بين كلاميهم لان الوطى من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة فى كل من افراده كانسان فى زيد لا يعرف القدماء غير هذا الى ان حدث التفصيل بين ان يراد به خصوص الشخص فيجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكون هذه الارادة قلما تخطر عند الاطلاق حتى ترك الاقدمون تقييد ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ اكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوى حقيقة فيهما واعلم ان المتحقق الاستعمال فى كل من هذه المعانى ففى الوطى قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح اى من وطى حلال لا من وطى حرام وقوله يحل للرجل من امرأته الحائض كل شىء الا النكاح وقول الشاعر ومن ايم قد انكحتها رماحنا واخرى على خال وعم تلهف وقوله ومنكوحة غير ممهورة وقول الآخر التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشطى دجلة البقرا وفى العقد قول الاعشى ولا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تابدا وفى المعنى الاعم قول القائل ضممت الى

يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه

صدري مثل صدر رناء كما نكحت ام الغلام صبيها اي منحتها وقول ابي الطيب انكحت صم حصاها خف يعمله تغشمرت بي اليك السهل والجبلا اي ضمنته فدعوى
الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والاصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازا في احدهما حقيقة في الآخر حيث امكن اولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح
دون الوطء ويحيل فهم الوطء حيث فهم على القرينة ففي الحديث الاول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وان كان الولادة بالذات بين الوطء و
في الحديث الثاني اضافة المراة الى ضمير الرجل فان امراته هي المعقود عليها فيلزم ارادة الوطء من النكاح المستثنى والا فسد المعنى اذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء
الا العقد وفي الابيات الاضافة الى البقر ونفي المهر والاسناد الى الرماح اذ يستفاد ان المراد وطء البقر والسبيات فالجواب منع تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح لغة
بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي ولا نسلم ان فهم الوطء فيما ذكر مستند الى القرينة وان كانت موجودة اذ وجود قرينة تؤيد ارادة المعنى الحقيقي مما يثبت
مع ارادة الحقيقة فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر الى القرينة ان عرف انه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز والا فلا ونحن في
هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وان كان مقرونا بما اذا نظر فيه استدعى ارادة ذلك المعنى
الا ترى ان ما ادعوا فيه الشهادة على انه حقيقة في العقد مجاز في الوطء من بيت الاعشى فيه قرينة تفيد العقد ايضا فان قوله فلا تقربن جارة نهي عن الزنا بدليل
ان سرها عليك حرام فيلزم ان قوله فانكحن امر بالعقد اي فتزوج ان كان الزنا عليك حراما او تابد اي توحش اي كن كالوحش بالنسبة الى الآدميات فلا امكن
منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشي ثم لم يمنع ذلك ان يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت اذ هم لا يقولون بانه مجاز في هذا البيت واما
ادعاء انه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة اليه لان العقد انما هو سبب السبب ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح ولو كانا سواء
فكيف والانسب كونه في الوطء يتحقق التقابل بينه وبين السفاح اذ يصير المعنى من وطء حلال لا وطء حرام فيكون على خاص من الوطء والدال على الخصوصية
لفظ السفاح ايضا فثبت الى هنا انا لم نزده على ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال ايضا في الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون
مشتركا معنويا من افراده الوطء والعقد ان اعتبر الضم اعم من ضم الجسم الى الجسم والقول الى القول والوطء فقط فيكون مجازا في العقد لانه اذا دار بين المجاز والاشتراك
اللفظي كان المجاز اولى ما لم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا نقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ ابو عمر الزاهد عن الكوفيين انه الجمع
والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها اعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم اليه فوجب كونه
مجازا في العقد ثم افراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك الامر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا
والقيد الاخير لاخراج شراء الامة للتسري والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له والا ورد عليه ان المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة واعلم ان
من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا ويجب ان يراد عرف اهل الشرع وهو المعنى الاصطلاحي الذي عبرنا به لان الشارع نقله فانه لم يثبت وانما
تكلم به الشارع على وفق اللغة فلذا حيث ورد في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن يحمل على الوطء كما في ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم حتى اثبتوا بها حرمة من زنى بها الا
على الابن وقول قاضي خان انه في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد وقول صاحب المجتبى هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بينا والمراد بانعقاده
مطلقا كان نكاحا او غيره مجموع ايجاب احد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت وغيرهما مما سنذكره او كلام الواحد القائم
مقامهما اعني المتولي الطرفين وقول الشيخ لو رشكي انه معنى يحل المحل فيتغير به حال المحل اي زوجت وتزوجت آلة انعقاده واطلاقه على حكمه فان المعنى الذي تغير به حال
المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الامر الثالث سببه شرعية تعلق البقاء المقدر في العلم

ان شاء الله وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال

الا على الوجه الأكمل والا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع الامر الرابع
شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر واما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى
للنكاح الامر الخامس شرطه الذي لا يخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغي ان يراد في الولي لا في الزوج والزوجة ولا في متولي العقد فان تزويج الصغير والصغيرة
جائز وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز عندنا في البيع فصحته هنا اولى لانه محض سفير واما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن احد الامر السادس
ركنه وهو الجنس المقيد في التعريف الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا فخرج الوطء في الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل
منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد في اثناء الكتاب الامر الثامن صفته فاما في حال التوقان فقال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن او
يخاف الوقوع في الحرام وفي النهاية ان كان له خوف وقوع الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز الا به كان فرضا انتهى ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف
الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز الا به ولم يقيد به في العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك
البلوغ فرضا والا فواجب هذا اذا لم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله
تعالى والذي يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضيته الحرمة الا ان النصوص لا تفصل فقلنا بالشبهين
انتهى وينبغي تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم والا كره كراهة تحريم والله اعلم وفي البدائع قيد الافتراض
في التوقان بملك المهر والنفقة فان من تاقت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح قبله بالافتراض في
حالة التوقان واما في حالة الاعتدال فداود واتباعه من اهل الظاهر على انه فرض عين على القادر على الوطء والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن خالد الك امرأة قال لا قال تزوج فانك من اخوان الشياطين وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا
فاني مكاثر بكم الامم واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والآخر وتعليق الحكم بالعام لا ينفي كونه على الكفاية لان الوجوب في الكفاية على
الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا ان المقصود من الايجاب
تكثير المسلمين بالطريق الشرعي وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داود
وهذا يحصل بفعل البعض واما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق في حقه وقيل واجب على الكفاية لما ان الثابت
بخبر الواحد الظن والاية لم تسق الا لبيان العدد المحلل على ما عرف في الاصول وقيل مستحب وقيل سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من اطلق الاستحباب
وكثيرا ما يتساهل في اطلاق المستحب على السنة ونقل عن الشافعي رح بانه مباح فان التجرد للعبادة افضل منه وحقيقة افضلية ينبغي كونه مباحا اذ لا فضل
في المباح والحق انه ان اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد عنده افضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا مدح يحيى عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة
عليه لان هذا معنى الحصور وح فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجة وبقوله
صلى الله عليه وسلم اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من اعطيهن
فقد اعطي خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لا تبغيه حوبا في نفسها وماله رواه الطبراني في الكبير والاوسط واسناد احدهما جيد ليس
ان يقول في الجواب لا اكثر التفضيل مع حسن النية وانما اقول التخلي للعبادة افضل فالاولى في جوابه التمسك بحاله صلى الله عليه وسلم في نفسه ورده على من اراد

للشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة

من اجل التخلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سالوا ازواجه عن عمله في السر فقال بعضهم
لا اتزوج النساء وقال بعضهم لا اكل اللحم وقال بعضهم لا انام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله واثنى عليه وقال ما بال اقوام قالوا كذا لكني اصلي
وانام واصوم وافطر واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني فرد هذا الحال رد اموكدا حتى تبرا منه وبالجملة فالافضلية في الاتباع لا فيما تخيل النفس انه افضل نظرا
الى ظاهر عبادة وتوجه ولم يكن الله عز وجل يرضى لاشرف انبيائه الا باشرف الاحوال وكان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل ان يقرره على ترك الافضل مدة حياته
وحال يحيى بن زكريا عليه السلام كان افضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رض
تزوجوا فان خير هذه الامة اكثرها نساء ومن تامل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة ابناء النوع وتربية الولد والقيام
بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكفايتهن
مؤنة سبب الخروج ثم الاشتغال بتاديب نفسه وتاهيله للعبودية ولتكون هي سببا ايضا لتاهيل غيرها وامرها بالصلوة فان هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف
على الجزم بانه افضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس فيه بل في الاعتدال مع اداء الفرائض والسنن وذكرنا انه لو لم يقترن بنية كان مباحا عنده
لان المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه واقول بل فيه فضل من جهة انه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه
مع ما يعلمه من انه يستلزم اثقالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب ووعد العون من الله تعالى للاستحسان حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلثة حق على الله عونهم
المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف صححه الترمذي والحاكم اما اذا لم يتزوج المرأة الا لعزها او مالها او حسبها فهو ممنوع
شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله الا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله الا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله الا دناءة
ومن تزوج امرأة لم يرد لها الا ان يغض بصره ويحصن فرجه او يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبراني في الاوسط وقال صلى الله
عليه وسلم لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن ان يرديهن ولا تزوجوهن لاموالهن فعسى اموالهن ان يطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولامة خرماء سوداء
ذات دين افضل رواه ابن ماجة من طريق عبد الرحمن بن انعم وعن معقل بن يسار رض قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله
اني اصبت امرأة ذات حسب ومنصب ومال الا انها لا تلد افاتزوجها فنهاه ثم اتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم اتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود
فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داؤد والنسائي والحاكم وصححه ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والمختار
لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رض قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا
عليه بالدفوف وفي البخاري عنها قالت زففنا امرأة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة اما يكون معكم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي
والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله سبحانه وتعالى اعلم قوله

النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قدمنا ان النكاح في عرف الفقهاء العقد وهذا بيان لان هذا العقد بما يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا الاحكام فلفظ النكاح
في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد اي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى يتم حقيقته في الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالاخر على وجه
يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الاحكام وذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمى كل من العاقدين كلام صاحبه والكلامان
هما الايجاب والقبول فما قيل في تعريف الايجاب انه ما يثبت للعقد العالمين بالصيغة افادة ذلك العقد مع انه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور

فيه ولا مجاز عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج

قيل الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الافادة بقيد كونها اولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من اي جانب كان كل منهما لما ذكر من الدراية وغيرها من قوله لو قدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لان ما تقدم هو الايجاب كما صرح به في النهاية ههنا وصرح الكل به في البيع وكان الحامل على جعل الاصدار وصل قوله بلفظين بقوله الايجاب والقبول فافاد انهما كانا خلافيهما والحق ما علمتك ووصلها ابدال وبيان يدفع به ما قد يتوهم من الاعرف معنى الايجاب والقبول في العرف فيتم المفيد فابدل منه لتخرج الكتابة فلو كتبا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو اعم من الحقيقة والحكم فليدخل متولي الطرفين او ما يخص من الحقيقة وليس هذا حدا بل اخبار مسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين احدهما مستقبل لانه توكيل والواحد يتولى طرفي النكاح فينعقد بكلامه وحده كما ينعقد بكلام اثنين ولا اشكال في شئ من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بانهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين او احدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل جائز في كل لسان وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج فمن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسي فقالت قبلت او قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان الفاعل صغيرا ولا مفعول فلم يضفه الى الموكل نفذ عليه في التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال ابو المرأة لاب الزوج داده بزني اين دختر اين را ادم فقال اب الزوج پذيرفتم يجوز النكاح على الاب وان جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لان الاب اضافه الى نفسه وهذا مما يجب ان يحتاط فيه خلاف ما لو قال اب الصغيرة زوجت بنتي من ابنك فقال اب الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لاضافة المزوج النكاح الى الابن وبتعين قول القابل قبلت جوابا له والجواب يتقيد بالاول فصار كما لو قال قبلت لابني ونظير الاول في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بالف ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزمه وكذا لو قالت المرأة بالفارسية خويشتن خريدم بعده وكابين فقال الزوج فروختم صح وان لم يقل منك **قوله** يعبر بهما عن الماضي مثل انكحتك وزوجتك فيقول قبلت وفعلت ورضيت وفي الانعقاد بصرت لي وصرت لك خلاف وظاهر الخلاصة اختياره اذا اتصل القبول ولو قال وهبتك نفسي فقبل انعقد ثم بين ان الانعقاد به باعتباره جعل انشاء شرعا فصار موضوعا لمعناه فيثبت المعنى عقيبه والمراد بقوله جعلت للانشاء شرعا قرره الشرع على ما كان في اللغة وذلك لان العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وانما اختيرت للانشاء لانها ادل على الوجود والتحقق حيث افادت دخول المعنى في الوجود قبل الاخبار فافيد بها ما يجزم بوجوده واللفظ لما علمنا ان الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضى كما نص عليه في قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد الى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذي الهمزة اتزوجك فقال زوجتك نفسي انعقد وفي المبدو بالتاء تزوجني بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستخبر نفسه عن الوعد واذا كان كذلك والنكاح لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال في شرح الطحاوي لو قال هل اعطيتنيها فقال اعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسي بالفارسية ميدهي ليس بشئ على ما اذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم الفاعل كذلك عن ابي حنيفة اذا قال جئتك خاطبا ابنتك او لتزوجني بنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ان لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا والانعقاد بقوله انا متزوجك ينبغي ان يكون كالمضارع المبدو بالهمزة وقلنا ينعقد بلفظين وضع احدهما للمستقبل بمعنى الامر فلو قال زوجني نفسك

بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة

فقال زوجتك انعقد وسنذكر في مراتي ينعقد اذا قبلت وفي النوازل زوجي نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح وظهر ان المعتبر جعل العقود باعتبار
انه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بانها نفسها ايجاب فيكون قائما بهما في فتاوى
قاضيخان قال بلفظ الامر في النكاح ايجاب وكذا في الطلاق اذا قالت طلقني على الف فطلق كان تاما وكذا في الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لي بنفس فلان هذا
او بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال هب لي عبدك هذا فقال وهبت في مسائل اخر ذكرناها وهذا احسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى
اولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغنى عما اورد على تقرير الكتاب من انه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس واجيب بانه في ضمن الامر
بالفعل فيكون قبوله بتحصيل الفعل في المجلس والظاهر انه لابد من اعتباره توكيلا والا فيطلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا
فيقول بعت بلا جواب اذ جوابه ما ذكره المصنف في البيع بانه توكيل والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح فصح دون البيع وح فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله
ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل فلذا كان المثال الصحيح اتزوجك بالف فيقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا ان شرط القبول في
النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعي وقد يتوهم ما ذكر في المنية قال زوجتكها بالف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر قال نعم فهو قبول
وقيل لا ان فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشأه من جهة انه كان متصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا
في رجوعه فيحكم به لا افتقاره لقبوله نعم بعده لا يفيده بمفرده ان الفور شرط مطلقا والله سبحانه اعلم وصورة اختلاف المجلس ان يوجب احدهما فيقوم الآخر
قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان الانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة
وحكما فلو عقدا وهما يمشيان او يسيران على الدابة لا يجوز وان كانا في سفينة سائرة جاز وستعرف الفرق في البيع ان شاء الله تعالى

فروع تزوج باسمها الذي تعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت له بنتان كبرى
اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال ابنتي فاطمة الكبرى قالوا يجب ان
لا ينعقد على احدهما ولو قال زوجت بنتي فلانة من ابنك فقبل وليس لهما الا ابن واحد وبنت صح وان كان لهما ابنتان وابنان لا الا ان يسميا
البنت والابن ولو زوج غائبة وكيل فان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز وان لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم ابيها وجدها اما لو كانت
حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة اما الغائبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط
في الحاضرة كشف النقاب وسنذكر وجه عدمه في الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال في تسمية الزوج الغائب وفي التجنيس له ابنة اسمها
فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتي فاطمة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فانه اذا لم يشر اليها يقع العقد على المسمى وليس له
ابنة بذلك الاسم وفي النوازل قال ابو بكر خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضى الولي فلما كبر اذا الزوج امرأة والمرأة رجل جاز نكاحهما عندي
لان قوله تزوجتك يستوي من الجانبين وفي صغيرين قال ابواهما زوجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهرت الجارية غلاما والغلام جارية جاز كذلك ايضا
وقال العتابي لا يجوز وفي المنية زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وفي التجنيس رجل قال لامرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا
فانه نص في الجامع الكبير لو قال للمطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا ان راجعتك فعبدي حر تنصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قد يراد بها الرجعة وقد يراد بها النكاح
فينظر الى المحل ان كان المحل لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت الى النكاح وسيأتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية

ثم قال وذكر في الاجناس لو طلق امرأته ثلاثا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فان هذا نكاح جائز وان لم يذكر المال فليس
بنكاح الا ان يجتمعا انه اراد بذلك نكاحا فيكون نكاحا فيتبين لك بهذا ان ما ذكر في الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال واقر ان الزوج اراد به النكاح انتهى وذكر في
فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والاجنبية ففي المبانة يكون نكاحا وفي الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التجوز بلفظ الرجعة
في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها رجل وامرأة اقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وانا زوجها وقالت هو زوجي وانا امرأته وقال
الاخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو اقر للانسان بمال كاذبا لا يصير ملكا له وكذا لو قال الاخر زوجناه
او رضيناه بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا وقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة
لك فقبل ثم قال اعطيتك الفا على ان يكون في امرأتي فقبلت ثم قال زوج بنتك فلانة مني بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد الا في التجنيس
لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد المضاف لو قال زوجتكما غدا فقبل لا يصح لعدم صحة المعلق اولى في فتاوى قاضيخان قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل
يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلافا قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على امر مضى لانه معلوم للحال وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال
زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك وقبل اب الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها
من احد صح النكاح لان التعليق كائن للحال تحقيق وتنجيز واذا اضاف النكاح الى نصفها مثلا فيه روايتان والصحيح عدم الصحة كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في المبسوط
في موضع جوازه كالطلاق قوله وينعقد الخ حاصل الالفاظ المذكورة هنا اربعة اقسام قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف في خارج
المذهب وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به والاوجه ان ترتب على هذا
الترتيب ليلي كل قسم ما هو اقرب اليه وهكذا فعل المصنف الا في لفظ الوصية القسم الاول ما سوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة
والتمليك والجعل نحو جعلت بنتي لك بالف خلافا للشافعي وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجري في الالفاظ اللغوية تجري في الالفاظ الشرعية
وانما الكلام في تحقيق طريقه نفاه الشافعي ره بناء على انتفاء ما يجوز التجوز اما اجمالا فلانه لو صح لصح ان يتجوز بلفظ كل منهما عن الاخر فكان يقال
انكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسي او بنتي مرادا به انكحتك وليس فليس واما تفصيلا فلان التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح
للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك احد الزوجين على الاخر ولو كان لم ينافه لتأكد به وان صح هذا الوجه عنه
كان معترفا بانه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من انه العقد الا ان يعني فيما تقدم اعني لسان الشرع بناء على النقل ولنا ان التمليك اي معناه
الحقيقي سبب الملك المتعة في محلها بواسطة كونه سبب ملك الرقبة وملك المتعة في محلها هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز واما عدم جواز استعارة
النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرع منه في الاصول من انه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب شرعيته
كالبيع لملك الرقبة وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثاني منع انه لا ضم ولا ازدواج بين المالك
والمملوك قوله الا انما فسد النكاح الخ علمنا فساده للزوم المنافاة بين كون احدهما مالكا للكل الاخر وكون ذلك الاخر مالكا لحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه
ذلك بحكم ملك الرقبة على ما يتبين ان شاء الله تعالى في فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج وللشافعي ره ايضا انه لما خص النكاح باشتراط الاشهاد فلما
لخطره خص بلفظين النكاح والتزويج لدل ولم يرد غيرهما شرعا والجواب منعهما بل عقده بلفظ الهبة فلم يختص قال الله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي

طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز

على المحللات في قوله تعالى انا احللنا لك ازواجك اللاتي آتيت اجورهن وما ملكت يمينك مما افاء الله عليك والاصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها وقوله تعالى
خالصة لك يرجع الى عدم المهر بقرينة اعقابه بالتعليل بنفي الحرج فان الحرج ليس في ترك لفظ الى غيره خصوصا بالنسبة الى افصح العرب بل في لزوم المال وبقرينة
قوله في مقابلة اللاتي آتيت اجورهن فصار الحاصل احللنا لك الازواج اللاتي سميت مهورهن والتي وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهرها خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين اما هم فقد علمنا
ما فرضنا عليهم في ازواجهم من المهر وغيره وايضا اصدر الشريعة جاز كونه متعلقا باحللنا قيدا في احلال زوجة له لافادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم وله
ايضا ان الشهادة شرط في النكاح والكناية فيها لا بد من النية ولا اطلاع للشهود قال في شرح الكنز قلنا ليست بشرط مع ذكر المهر وذكر السرخسي نهاية تشبه مطلقا
لعدم اللبس كقولهم للشجاع اسد كما اذا حلف لا ياكل من هذه النخلة ينصرف الى المجاز من غير نية ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال انتهى ويشكل بان الحكم بالمجاز
ليست على من احدهما قرينة تدل على ارادة غير ذلك المعنى المجازي ولذا لو طلب من امراة فقالت وهبت نفسي منك وقيل لا ينعقد والآخر وجود قرينة
لتعين المجازي ولذا قال ابو البنت وهبت بنتي منك لتخدمك قيل لا ينعقد بذا في الحكم بها ما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الاول الارادة لا قرينتها وذلك لان اعتبار
ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ اذ نسبته اليه كنسبته الى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس الا علاقة وضعه له
او لما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه والارادة لازمة في المحلين غير ان الحكم من السامع بارادة المتكلم المعنى
الحقيقي لا يفتقر الى نصب قرينة تفيد ارادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجاز بخلاف حكمه بارادة ما لم يوضع له حيث
يفتقر الى دليل ارادته فان لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بان اعلمهم به ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه ان يقول اجرت
بنتي ونوى به النكاح وعلم الشهود انتهى بخلاف ما اذا قال بعتك بنتي بحضرة الشهود فان عدم القبول المحل للمعنى الحقيقي وهو الحرية للبيع يوجب الحمل على المجازي
هو القرينة فيكتفي بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها امة احتيج الى قرينة زائدة في البدائع لو قال لرجل وهبت امتي منك فان كان الحال يدل على النكاح من
احضار الشهود وتسمية المهر موجلا ومعجلا ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال تدل على النكاح فان نوى صدقه الموهوب له فكذلك وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة انتهى
والظاهر انه اذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من اعلام الشهود كما قدمناه لانه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجع شمس الائمة الى التحقيق حيث قال
ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم الاشتراط او عدم اللبس انما يصلح لتعليل دعوى الظهور
وتعينها واما الحالف لا ياكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بارادة المجازي نظرا الى تعذر الحقيقي وكونه متكلما واما الهازل فمريد للمعنى للفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم
ثم قد يقال في عقد الهازل يقين لفظ الحقيقة بناء على كون لا يجاز قرينة تصرف عن ارادة المعنى المجازي اذ غرضه ليس الا التخلص وحكى لا اجراء اللفظ فقط او مريد حقيقة للتخلص هي
متعذرة اذ لا تصح هبة الحرة وبيعها والذي اقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله اعلم واورد كيف
ينعقد بالهبة ولا يقع الفرقة اذا نوى به الطلاق وهو سوال ساقط اما اولا فهو مشترك الالزام اذ يلزم مثله في التزوج فانه يقع به اذا نوى بقوله تزوجي واما ثانيا فلان الهبة
فيها علاقة السببية للملك فيجوز بها عنه اذا اضاف الملك المتجوز عنه بالهبة اليها نفسها بقوله وهبت نفسك منك صح طلاقا وان اضافه الى الرجل صح نكاحا
فظهر ان اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس الا لاختلاف الاضافة بل ينفسخ توجيه السوال لظهور صحة استعارتها الملك لعبارة الملك الرقبة اذ لم يرد الطلاق
الا باعتبار استعارتها القسم الثاني ما اختلفوا في الانعقاد به والصحيح الانعقاد وهو وهبت نفسي منك بكذا وبنتي واخترتك بكذا فقالت نعم ينعقد قوله
هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش وقوله لوجود طريق المجاز تعليل للصحيح وجه ما قدمناه في تقرير التمليك واختلف بالانعقاد بلفظ السلام فقيل

ولا ينعقد بلفظة الإجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظة الإباحة

لان السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد لانه تثبت به ملك الرقبة والمنقول عن ابي حنيفة رحمه الله ان كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسدا لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان وفي البيع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين والمعقود عليه ههنا يتعين وقيل ينعقد لانه يثبت به ملك العين في الجملة وظاهره انهما قولان وكان منشأهما الروايتان واما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه في معنى الاعارة وقيل الاول قياس قولهما والثاني قياس قول ابي يوسف بناء على ثبوت الملك في العين وعدمه واما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس انه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسي في كتاب الصلح ان النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز القسم الثالث لا ينعقد بالاجارة والاعارة في الصحيح احتراز عن قول الكرخي وجه الاول ان الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا انها لا تنعقد الا موقتة والنكاح الشرط فيه نفيه فلا يستعار احدهما للآخر وقد يقال ان كان المتضادان هما العرضيان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزمكم مثله في البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق ان الموقتة ليس جزء مفهوم لفظ الاجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير انه لم يعتبر شرعا الا موقتا كالصلوة هي القيام الخ ولم يعتبر شرعا بلا طهارة ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلوة ولذا عدل المص عن التوجيه بهذا الى نفي السببية التي هي العلاقة فان الاجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالاجارة وهذا اذا جعلت المرأة مستاجرة اما اذا جعلت بدل الاجارة او راس مال السلم كان يقال استاجرت داري ببنتي هذه او اسلمتها اليك في كر حنطة ينبغي ان لا يختلف في جوازه فانه اضاف اليها بلفظ يملك به الرقاب قال المص ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وعن الطحاوي ينعقد لانه يثبت به الرقبة في الجملة وعن الكرخي رحمه الله ان قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بنتي هذه الآن ينعقد لانه به صار مجازا عن التمليك انتهى وينبغي ان لا يختلف في صحته فالحاصل انه اذا قيد بالحال يصح وبما بعد الموت بان قال اوصيت لك بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحا ولو قال اوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوي ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت هو المانع الواقع فيما نحن فيه والا فمجرد الاضافة تستقل بعدم الصحة لو قال تزوجتك غدا لم يصح والحاصل لوجه ان الاضافة ماخوذ من مفهوم الوصية وهو مناف للنكاح فتضادا ولا يتجوز بلفظ احد الضدين عن الآخر بخلاف الهبة ليست جزء مفهوم لفظ الاضافة الى ما بعد القبض بل هي تمليك العين بلا بدل ثم هو يتاخر فيما اذا كان الموهوب في يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض ولذا لو كان في يد الموهوب له ثم الملك بنفس اللفظ القسم الرابع لا ينعقد بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المنفعة في كل منها فانتفى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ الاقالة والخلع لانها فسخ عقد سابق فروع الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها الثاني لو لقنت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك او لا يعلمون صح كالطلاق وقيل لا كالبيع كذا في الخلاصة ومثله في جانب الرجل اذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع فالثلاثة الاول تم في الحكم ذكره في عتاق الاصل في باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان فينبغي ان يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه واما في الخلع اذا لقنت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدتي ففعلت ولا تعلم معناه بلفظ الخلع واختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضي فينبغي ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو لقنت ان تبرئه وكذا المديون

والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

اذ القن رب الدين بلفظ الابراء لا يبرأ الثالث اذا سمى المهر مع الايجاب فقال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا اقبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل
بانه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية او وجودها لانه ما اوجب النكاح الا بذلك القدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت في النكاح دون المهر للزمه مهر المثل
وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلتزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع انه لازم فيلزمه ما التزمه
ولو قال قبلت النكاح ولم يزد على ذلك ينبغي ان يصح النكاح بما سمى وقد يخالفه ما في المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال اجيز النكاح ولا اجيز على رقبته
يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما في الجامع امة تزوجت بغير اذن المولى على مائة درهم فبلغه فقال اجزت النكاح على خمسين دينارا
او رضى به الزوج لان هذه مقرونة برضى الزوج فهي ملحقة باجازته والحق ما علمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالفه ما عن محمد الرابع ينعقد النكاح
بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه او تقول ان فلانا كتب الي
يخطبني فاشهدوا اني زوجت نفسي منه اما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب
او التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا وسمي الكتاب بالخطبة ان تكتب زوجيني نفسك فاني رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب
الى الشهود مختوما فقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول ابي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول ابي يوسف ثم رجع وجوزه من غير
شرط اعلام الشهود بما فيه والاصل بخلاف كتاب القاضي الى القاضي على ما سياتي ان شاء الله تعالى قال في المصفى هذا يعني الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ التزوج
اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط اعلامها الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال
وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعدما اشهدهم عليه من غير قراءة عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب قبل العقد بحضرتهم فشهدوا
ان هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما فلا يقضي بالنكاح وعنده يقبلان فيقضي به اما الكتاب فصحيح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو
ان تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا في المبسوط شيخ الاسلام والكامل اجمعوا في الصك ان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم الكاتب ما في الكتاب واعلم
ان ما نقله من نفي الخلاف في صورة الامر انما يتمشى على قول المعز المحققين اما على قول من جعل لفظة الامر ايجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار اعلامها اياهم
ما في الكتاب فانه ان لم يعلمهم الكتاب بما في الكتاب يكون من صورة الخلاف على ما صدرنا به المسئلة الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس ان كانت له اشارة معلومة السادس ينعقد
بفعل الرسول عبارة الرسول في الايجاب بحضرة الشهود وكلامهما وسنفصل ان شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال تزوجتك
على ان تطلقني عبدك كذا فاجابته بالنكاح انعقد ووجب المهر مثلها ولا شئ له من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فقبل الآخر
فجاء فلان لا ينعقد وكذا التعليق الرجعة اذ كل منهما التزام والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو اسقاط كالطلاق والعتاق والتزام كالنذر الا التعليق بالمشيئة اذا ابطل
من له المشيئة في المجلس على ما في التجنيس في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها اذا قال تزوجتك ان شئت وان شاء زيد فابطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح
جائز لان المشيئة اذا ابطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما قالوا في السلم اذا ابطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال لكن اذا بدأت المرأة اما اذا بدأ الزوج فقال تزوجتك
ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك لان القبول مشيئة انتهى وهذا ناظر الى ان ما من جانب المرأة هو القبول
تقدم او تأخر وما من جانب الرجل ايجاب تقدم او تأخر وقد قدمنا تحقيق ان الحق ان الاول ايجاب من اي جهة كان والثاني قبول لذلك فالعدم جواز
تعليقه بالخطر تفرع عليه انه لو شرط فيه خيار بطل كما لو قال تزوجتك على اني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان رضي ابي لا يجوز بخلاف من خطب ابنته فقال

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح إلا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الإعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وستعرف في الشهادات إن شاء الله

زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها ابنك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما لأن هذا التعليق بالموجود للحال ومثله تحقيق كذا أجاب بعض المشايخ وسنفصل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر إن شاء الله تعالى التاسع إذا وصل الإيجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح كامرأة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لا ينعقد لأن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير أوله وهنا كذلك فإن مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى يغير ذلك إلى تعيين المذكور فلما قبل قبل الزوج قبله العاشر ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه أبو داود وجعل العتق بدل الرجعة ولذا ينعقد من المكره قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور احتراز عن غير المسلمين وسيأتي أن أنكحة الكفار بغير شهود صحيحة إذا كانوا يدينون بذلك وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي علي السغدي ونقل عن أبواب الإمارة من السير الكبير أنه يجوز وإن لم يسمعوا وعلى هذا جوازه بالأصمين والنائمين اشتراط السماع هو المقصود من الحضور وسيأتي تمامه أما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح إلا بشهود وقال المصنف وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الإشهاد وظاهره أنه حجة عليه في الأمرين اشتراط الإعلان وعدم اشتراط الإشهاد لكن المقصود أنه حجة في أصل المسألة وهو اشتراط الإشهاد وإنما أراد ذكر الإعلان تتميما لنقل مذهبه ونفى اشتراط الشهادة ابن أبي ليلى وعثمان البتي وأبو ثور وأصحاب الظواهر وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح إلا بشهود رواه الدارقطني وروى الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة ولم يرفعه غير عبد الأعلى في التفسير ووقفه في الطلاق لكن ابن حبان روى من حديث عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وقال ابن حبان لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الإسلام إن حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به أعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية فيندفع به الإيراد المعروف وهو لزوم الزيادة على الكتاب أو تخصيصه بخبر الواحد وجواب آخر وهو أنه خص بقية المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ولو عدل إلى أن النص وأحل لكم ما وراء ذلكم فالجواب بأن الأمر المخصوص بالمشترك ونحوها واعلم أن المشايخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين في الشهادة على ما ذكرنا وفي الإعلان واستدلوا لمالك في إثباته بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم أعلنوا النكاح رواه الترمذي وقال حسن غريب وبالمعقول وهو أن حرام هذا الفعل يكون سرا فقصد يكون جهرا لينتفي التهمة والذي يظهر أن هذا النصب في غير محل النزاع يظهر ذلك من أجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره وذلك أن كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب أن الإعلان واد ما العمل بها باشتراط الإشهاد إذ به يحصل الإعلان وكلام المبسوط حيث قال لأن الشرط لما كان الإظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سرا وقول الكرخي نكاح السر ما لم يحضره شهود فإذا حضروا فقد أعلن قال وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي صريح فيما ذكرنا فالتحقيق أنه لا خلاف في اشتراط الإعلان وإنما الخلاف بعد ذلك في أن الإعلان المشترط هل يحصل بالإشهاد حتى لا يضر بعده توصية للشهود بالكتمان إذ لا يضر بعد الإعلان التوصية بالكتمان أو لا يحصل بمجرد الاستشهاد حتى تضر فقلنا نعم وقالوا لا ولو أعلن بدون الإشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد وعنده يصح فالحاصل أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد قوله لعدم الولاية

ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلداً فيصلح مقلداً وكذا شاهداً والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملاً وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين **قال** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

يعني القاصرة وهي ولاية على نفسه لان الشهادة وهي نفاذ القول على الغير انما تتحقق بتلك ثم لا يحتاج اليها الا والتعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وان لم يكن لهم شرط الشهادة والا فالمراد الكن ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم يكن شهادة وقد جازت شهادة المحدود في القذف لولاية على نفسه والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى الاداء بجحد النكاح فشهدا به وليس من كان معهما ممن العقد بحضوره جازت شهادتهما وان لم يكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا وقد ذهب احمد رحمه الله بجواز شهادة العبد مطلقا واستبعد لقبولها لانه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع في نفيها وحكي عن انس رضي الله عنه انه قال ما علمت احدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الامم يوم القيمة فكيف لا تقبل هنا وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الاخبار والذي ذكر من المعنى في بيان الشهادة من باب الولاية والعبد لا ولاية له مما يمنع فانه لا تلازم عقلا بين تصديق مخبر في اخباره بما شاهده بعد كونه عدلا وكونه غير مالك المنافع ولا شرعا لم لا يجوز ان الله تعالى يبتلي عبدا من عباده بالرق ويقبل اخباره فكيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل اداؤه ولذا اجاز بعلمنا بالزوجين ولا ادائه اما جوابه ما قيل انه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا لم يصح انه تصرف الحق بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور وما ذكره في المبسوط حيث قال ولان النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال فكان حضورهما كلا حضور فتحصل اشتراط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر في احضار مجرد العبيد والصبيان وكذا اهل الذمة في انكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فيشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل وهو ملح متبادر واولى ان ينفي شهادة السكارى حال سكرهم

مع عدم تذكرهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو قوله ولا يشترط العدالة الذي في بعض الشروح قوله ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب الكرامة حقيقة اشار به الى الوجه الاول المتقدم انما شرطت ايضا لاظهار الخطر وهو معنى التكرمة والفاسق من اهل الاهانة فلا يكرم ولا تعظيم للعقد باحضارها فلا بد من قوله ولنا انه اي الفاسق من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحليله من شرطية وضع فيها المقدم جهل من تحليله من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين خلافا اي لما كان من اهل الولاية كان من اهل الشهادة فهذه دعوى ملازمة شرعية وقوله وهذا لانه لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة اخرى لبيان الملازمة الاولى غير المنع للاولى فعللها بقوله لانه من جنسه اي لان الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من اللفظ وحاصل هذا ان احكام افراد الجنس المتحد متحدة بحسب الاصل فكل مسلم يتعلق به من حيث الاحكام ما يتعلق بغيره فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية لنفسه علم انه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لاهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لانه كنفسه الا ان ثبوتها على غيره لا يتحقق الا برضاه وذلك بتوليه عليه اذا استقلده وقد استولاه ورضي فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لاحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فيجوز شهادته فيه اي سماعه اما الاداء فليتوقف على فعل غيره وهو اجازة القاضي وانت اذا تاملت هذا الوجه ظهر لك انه لم يزد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فتثبت شهادته لعدم المنافي والوجه السابق يعني ان اشتراط الشهادة لاظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه ينفيه لان مجرد احضار الفاسق ليس تكرمة والحق ان هذا الوجه انما ينفي ما ذكرناه من حضرتها لا ضيق حال سكرهم على ما فرعوا عليه انه اذا عقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقدين جاز وان كان لو بحيث بعدها لا يذكرونه اذا صحوا فهذا الذي هو نافى الفاسق من كلا منه قصا لاعتقاده لمروءته وخشيته فان احضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور فالحق صحة العقد بحضرة فساق حال غيبتهم والله اعلم قوله لانه صلح مقلدا ايك يصلح مع فسقه بان يولى ان يكون عند شهود قاضيا في النكاح مع فسقه وهو مقلد اي سلطانا او خليفة

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولنا ان الشهادة

شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال

وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد

فصح تقليد الفتح الامام ابي حاضنا وكذا الشاهد ابا لولد في نسخ وبالفاسق في نسخ مثل العدل هي ملازمة واحدة حاصلها انما صح التولية الكبرى التي هي اعظم خطرا
فصح الصغرى التي هي اقل وهي القضاء او الشهادة بطريق اولى بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن اظهارها بالمقابلة فالشهادة اتى هي دونها
اما انها قد صحت من الائمة السابقين ومن بعدهم باحسان كعمر بن عبد العزيز فظاهر [illegible] تحقق مع عدم انكار السلف علانيتهم وصحة تقليد بهم القضاة وغيرهم
وعلى الثاني بالاستدلال بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والاول سبب للثاني في كل منها فاعترض بانه ذكر في ادب القاضي ان الامر
بالعكس حيث قال الفتح ولاية القاضي حتى يحتج في الجمل بالتقليد الشهادة واجيب بان قوله وكذا شاهدا عطف على تقليد بكسر اللام وان تحمل معطوف عليه
ضمير من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد جاء بكر و[illegible] ظاهرة ولا [illegible] وفيه نظر لان العطف بالفاء يقتضي ترتيبه كل على ما قبله كالفي جاء زيد فعمرو فبكر
فروع في فتاوى النسفي القاضي ان يبعث الى شافعي يبطل العقد لكن شهادة الفاسق والمغني ان يفصل ذلك على ما نبين في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى
وكذا لو كان الحنفي طلقها ثلاثا فبعث الى شافعي وجاءه بغير محلل ليقضي بصحة بطلان النكاح الاول [illegible] لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب اليه [illegible]
[illegible] الوطء السابق ولا اثم ولا خبث في الولد كذا في الخلاصة ثم قال الامام ظهير الدين المرغيناني لا يجوز الرجوع الى شافعي المذهب [illegible] في اليمين المضافة للملك [illegible]
لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم اي اسماع الكافر على المسلم لكنه عدل في التعبير الى التشبيه فقال فصاركانهما لم يسمعا كلام المسلم لانه لو ورد من التعبير
نفي السماع المعتبر نفي حقيقته وانما نفى الاعتبار فصار كان وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه [illegible] فصاركانهما لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل موقوف
على ان صحة القياس [illegible] في خصوص [illegible] المادة لان المطلوب حقيق بالشهادة لنفي السماع المجوز لان الشهادة بمجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري حيث قال
ان يحضر [illegible] السعدي والاسبيجابي لم يتم وبنص القدوري [illegible] على اشتراط السماع ولانه المقصود بالحضور فلا يجوز بالاصمين على ما هو الاصح ومن اشتراط السماع
ما قدمناه في التزوج بالكتاب من انه لابد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بان تقرأه المرأة عليهم او سماعهم العبارة عنه بان تقول ان فلانا كتب
الي يخطبني ثم تشهدهم انها زوجت نفسها اما لو لم تزد على [illegible] لا يصح على ما قدمناه في الفروع ولقد ابعد من الفقه ومن الحكمة الشرعية من جوزه بالنائمين
ونص في فتاوى قاضيخان على انه اذا لم يسمعا كلامهما [illegible] الشرطان ان يسمعا كلاهما معا [illegible] فاما الاول فذكر في روضة العلماء انه الاصح [illegible]
او يسمع احد الشهود ثم اعيد [illegible] فسمعه [illegible] يكن الشاهدان على كل عقد سوى شاهد واحد وعن ابي يوسف وان اتحد المجلس جاز استحسانا والا فلا وعنه [illegible]
سماعهما واما الثاني فعن محمد لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما [illegible] ان امكنهما ان يعبرا ما سمعاه جاز والا فلا وحكى في فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل
الظاهر عدم الجواز قوله ولنا ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك اي ملكه عليها لوروده على محل ذي خطر وهو بضع الانثى ليست مملوكة
محله [illegible] على وجه يقصره [illegible] حاجات [illegible] مناسب الشرع احضار السامعين العقد اظهار التعظيم لهذا
العقد ليقع في محفل من الناس [illegible] فذلك بايجاب المال عليه [illegible] ان اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس للملك [illegible]
بل الامر [illegible] لا على اعتبار وجوب المهر لما عليه ليكونا شاهدين عليه اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما [illegible] تقرر الشرع في خصوص
ولا على اعتبار ملكها الازدواج المشترك لانه ثبت تبعا لملك البضع ولا يفترض للتوابع [illegible] الاشهاد على شراء الامة للوطء [illegible]
بضعها واذا كانت الشهادة [illegible] ملكه عليها كانا شاهدين عليها [illegible]
الشرع [illegible] حتى لو اسلم بقي على الصحة بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان الشهادة اشترطت في العقد [illegible] والعقد [illegible]

ومن أمر رجلا بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لأن الأب يجعل

مباشرا لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وإن كان الأب غائبا لم يجز لأن المجلس مختلف فلا يمكن

أن يجعل الأب مباشرا وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز وإن كانت غائبة لا يجوز

هذا وتقبل شهادتهما عليها إذا أنكرت لا عليه إذا أنكر وعند محمد لا تقبل إلا إن تحمل كان معنا مسلمان وعنه لا تقبل مطلقا لإثباتهما فعل المسلم
بشهادتهما ... فإنما تحقق التقبيل على كل من عقد حال سماعهما كلام المسلم معتبر ... وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد إلا إذا قالا كان معنا
مسلمان عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيهما قبل عليهما مطلقا أو ابنيه عليه فقط أو ابنيها فالقبول على أحد منهما ... عميين وآخر بعد
عميين حيث يصح العقد بهما ولا ... لعدم البصر والحكم بالعمدان على التفصيل فعدوا ويقبلان عليهما لا عليه فعدوا يقبلون عليه لا عليها لعدم
القبول مطلقا إلا الانعقاد فيثبت بشهادة الأولاد والأعداء كيف كانوا وأما الإخوان بأن زوج الأخ ابنته بشهادة ابنيه فأنكر الزوج وهو
والبنت كبيرة أو الامرأة فشهدا لا يقبل ولو كان الزوج هو المدعي والزوجة منكرة أو الأب قبلت في قول أبي يوسف وعند محمد تقبل وإن كان
المدعي الأب أو المرأة أيضا والأصل أن كل شيء يدعيه الأب فشهادتهما فيه باطلة وإن لم يكن فيه منفعة لشبهة الأبوة وعند أبي يوسف لثبوت
منفعة بها ... وقال محمد كل شيء للأب فيه منفعة ... على شهادة ابنيه فيه باطلة وكذا كل شيء ... يكون خصما فيه مثل البيع وغيره ولم
يكن منفعة ... القبول منفعة ولو كانت البنت صغيرة لا يقبل اتفاقا لأنها للأب قال الحاكم أبو الفضل في المختصر يريد أن الشهادة تبطل في حال
... من طريق التهمة وكذا في جحوده وتزوجها لغير خصم ... انتهى وفسر في المبسوط بجحوده بأن المراد أن عند جحوده وإن كان الآخر جاحدا فالقبول لا
... قاما إذا كان الآخر مدعيا فمقبولة وإن كان للأب منفعة فيها كما إذا شهدوا على بيع العبد ... والمشتري ... وإن كان
منفعة غير ... للأب ولا تمنع من قبول شهادتهما وكذا إذا قال العبد إن كلمك ... فأنت حر فشهد ابنا فلان أن أباهما كلمه ... عند محمد
كان الأب جاحدا أو مدعيا وعند أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون جاحدا ولو تزوج الرجل بنته ثم شهد مع ... عليهما بالرضاع ... تقبل لأن الشهادة
على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان ما هو فيه خصم ... أو لا فرع وتزوجها ... بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود واختلفوا فيه والأصح
أنه ... لا ينعقد ... ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد إلا أن قال الشهود ... نكاحا لانعقاد
ينعقد لأن النكاح ينعقد بالجنس ثم قال قاضي خان ... وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا
وإن أقرت بأنه زوجها ... يكون نكاحا ... إقرارهما الإنشاء بخلاف إقرارهما بماض ... كذب ... كما قال أبو حنيفة إذا قال لامرأته
لست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لأني طلقتك ولو قال لم أكن تزوجها ونوى الطلاق لا يقع لأنه كذب محض انتهى ... ينبغي
... ولم يقل الشهود ... جعلتما هذا نكاحا والحق هذا التفصيل وفي ... بعث أقوام للخطبة فزوجها الأب بحضرتهم قيل لا يصح ولو قيل من الشيوخ
... لأنه نكاح بغير شهود ولأن القوم كلهم خاطبون ... ولأنه ... عن هذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب ... تجاه
قيل يصح ... وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم فقط والباقي شهود قوله ومن أمر رجلا أن يزوج ابنته الصغيرة
فزوجها والأب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح وكذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بحضرة ... واحد ... أو وكيل المرأة بحضرتها مع امرأتين جاز النكاح
... بشهادة المزوج إذا لم يقل ... بل يقول هذه زوجته ... بحضرة ... لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبر ... فالموكل
... من يعبر عنه حاضرا والغرض أن العبارة تنتقل إليه كان مباشرا لأن الكلام ... تنتقل إليه ... المباشر
بخلاف ما إذا كان غائبا ... انتقال العبارة إليه ... عدم الحضور ... لا يصير مباشرا لأنه ... والحضور ضرورة ...

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات

رجوع الحقوق الى الوكيل ولهذا الزوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى مفيد الولاية وهو السيد وهو غائب فظهر من هذا التوجيه ان اثر المباشر مع حضوره غيره لا يتوقف على ثبوت الحاجة الى اعتباره فانه قد مرّ انه تكلف غير محتاج اليه فان الاب يصلح شاهدا فلا حاجة الى اعتباره مباشرا الا في المسئلة الاخيرة في الكتاب وهي ما اذا زوج الاب بنته البالغ بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فانزلت مباشرة ضرورة التصحيح ولو اذن السيد لعبده او جعل التزويج فعقد بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز لا انتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لان الاذن فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده لاهليتهما لا بطريق النيابة وما ذكر في مسئلة وكيل السيد ليظهر ان ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده او امته بحضورهما مع شاهد محل نظر لان مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما في التزويج مطلقا والا لاتضح في مسئلة وكيله وكذا اختلف في صحتها المرغيناني قال استاذي ظهير والتيان اي في وكيل السيد والسيد **قوله** واذا جحد احد الزوجين النكاح فاما اصله او شرطه ففي اصله لو جحد الزوج فاقامت بينة او على اقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقا الا ترى ان الطلاق ينقص العدد وهو ارتفاع اصل النكاح لا نقص واما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هي المنكرة بان قالت تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما لاقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة من قبله فلها نصف المهران كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة وهذا بخلاف الكار واصله لان القاضي كذبه في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا وهنا ما كذبه في زعمه بحجة ولكن رجح قولها لمعنى هو ان الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الاصل كالراجع عنه فبقي زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة او مجوسية ثم اسلمت او واختها عندي او ولها تزوج امته بلا اذن لان هذه الموانع كلها في محل العقد والحال في حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى احدهما ان النكاح كان في صغره بمباشرته لانه منكر لاصل النكاح معنى واذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ وان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فهو رضى بذلك النكاح وبعد البلوغ لو اجاز العقد الذي قبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هي القائلة تزوجني وانا معتدة وما بعدها الى آخر الصور التي ذكرناها وهو ينكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة وا لو شهد احد الشاهدين انه تزوجها امس والآخر اليوم فهي باطلة فان النكاح وان كان قولا فمن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور فكان كالافعال في الاختلاف واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع القبول ولان كلا شهد بعقد حضره والله سبحانه اعلم

فصل في نكاح المحرمات المحلية الشرعية من شرائط النكاح وانما افرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعا باسباب الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بنات واولاده وان سفلن واصوله وهم امهاته وامهات امهاته وآبائه وابنائه وان علون وفروع ابويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات اولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع اجداده وجداته ببطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال الثاني المصاهرة يحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وامهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان علون وان لم يدخل بالزوجات وتحرم موطوءة آبائه واجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوءات بنائه وابناء اولاده وان سفلوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح والثالث الرضاع يحرم به ما يحرم بالنسب على ما نفصل في كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى الرابع الجمع بين المحارم او الاجنبيات كالامة مع الحرة السابقة عليها الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشركة السابع

اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع **قال** ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة **قال** ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص

الشافعي كنكاح السيد امته والسيدة عبدها **قوله** اذ الام هي الاصل لغة قال الله تعالى وعنده ام الكتاب وسميت مكة ام القرى لان الارض دحيت من تحتها والخمر ام الخبائث وعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لان الام على هذا من قبيل المشكك **قوله** او ثبتت حرمتهن بالاجماع اي ان لم يمكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق ان الام مراد به الاصل على كل حال لانه ان استعمل في حقيقته فظاهر والا فيجب ان يحكم بارادته مجازا فيدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لارادة ذلك في النص الاجماع على حرمتهن لم يثبت عند المصنف اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الاولاد على الاجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال وكذا الاستدلال في البنات فان بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار ان البنت يراد به الفروع فيتناولها النص حقيقة او مجازا عند البعض **قوله** عند البعض يريد اذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فانهم يجوزونه اذا كان في محلين على ما اسمعناك من التقرير بينا ولكن مجازا عند الكل ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الاولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت فانهن اولى لان الاشفاق منهن اولاد الجدات وهن ... وفي الثاني لان بنات الاولاد اقرب من بنات الاخوة **فرعان** الاول ابنة الملاعنة تحكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل والحقها بالام لا يجوز للرجل ان يتزوجها لانه بسبيل من ان يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنى بصريح النص المذكور لانها بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلوة ونحوه فيصير منقولا شرعيا **قوله** لان جهة الاسم عامة اي الجهة التي وضع للاسم مع اعتبارها فاسم الاخ مثلا وضع لاعتبار نسبتها الى اخرى بالمجاورة في صلب او رحم فلا حسن ان يقال ان اعتبار جلوسهما ما حلته من صلب او رحم كيلا يقتصر على التوهم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ويدخل في العمات والخالات بنات الاجداد وان علوا لانهن اخوات ابائه وان علوا وبنات الجدات وان علون لانهن اخوات امهات علويات وفي بنات الاخ والاخت بناتهن وان سفلن **قوله** ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل فلو كان نكاح البنت صحيحا اما بالفاسد فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها ويدخل في ام امرأته جداتها **قوله** من غير قيد الدخول عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور وروي اليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه بناء على ان تقييد المعطوف بصفة او حال كما في الآية فان من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه لكن يجوز ولا يمتنع ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علما فجعلا الدخول قيدا في حرمة امهات النساء وتبعهم بشر المريسي ومحمد بن شجاع ووجه البناء على ان الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة انصرف الى الكل ورد بان المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين مختلفين وذلك ان النساء المضاف اليه امهات محفوظ بالاضافة والمجرور بمن بها فلو كان الموصول هو قوله اللاتي دخلتم بهن صفة لهما لزم ذلك هذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط وابطله في الكشاف بلزوم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في اطلاق واحد وهو البيان بالنسبة الى النساء المضاف اليهن امهات والابتداء بالنسبة الى الربائب لانه المناسب فيها قال الشيخ سعد الدين في حواشيه وما يقال ان الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من بضرب من التاويل والتشبيه ثم قال نعم قد يستقيم في ايصال فيتناول ايصال الامهات بالنساء لانهن والدات وبالربائب لانهن مولودات فيصح جعل من نسائكم متعلقا بالامهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة ايصال الامهات بالنساء بعد اضافتها اليهن افادة زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة امهات النساء مدخولات بهن وغير مدخولات يأبى هذا المعنى فمن هذا جعل متعلقا بربائبكم فقط انتهى ويمكن ان تجعل حالا من النساء المضاف اليهن امهات ومن الربائب لانه قد يستلزم جعل الحال من المضاف اليه وانما جوزه من جوزه مع تسويغ من كون المضاف عاملا للعمل في الحال او جزء المضاف اليه وبعضهم ... عنه ... بالمضاف اليه نحو ملة ابراهيم حنيفا

سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين

قوله سواء كانت في حجره او في حجر غيره هو مذهب الجمهور وشرطه علي رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه الى قول الجمهور لان قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب اذ الغالب كون البنت مع الام عند زوج الام وهو المراد بالحجر هنا ولو لا هذا لثبتت الاباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لا بدلالة اللفظ قوله ولهذا اي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في موضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فحيث خصص في موضع النفي بالذكر علمنا انه المعتبر في اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم او قال لم تكونوا دخلتم بهن او ليس في حجوركم جريا على العادة في اضافة نفي الحكم الى نفي تمام العلة المركبة او احد جزئيها الدائر وان صح اضافته الى نفي جزئها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال هذا ويدخل في الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والآباء لانه اسم خاص لهن فلذا اجاز التزوج بام زوجة الابن وبنتها وجاز للابن التزوج بام زوجة الاب وبنتها قوله ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء اعلم ان امرأة الاب والاجداد تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشائخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة وبالزنا بناء على ارادة الوطي بالنكاح فان اريد من حرمة امرأة الاب والجد بطابقتها من ارادة الوطي قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامرأة ابيه وتصدق امرأة الاب بعقده والا لم يفد الحكم في ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح في لفظ الآية في معنى مجازي يعم العقد والوطي ولكن النظر في تعيينه ويحتاج الى دليل يوجب اعتباره في المجازي وليس لك ان تقول تثبت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطي بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مرادا منه بلا شبهة فان الاجماع تابع للنص او القياس عن احدهما يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم ثبت بذلك ان ذلك الحكم مراد من كلام الشارع اذا احتمل قوله لقوله تعالى وحلائل ابنائكم ان اعتبر الحليلة من حلول الفراش احل ان تتناوله الموطوءة بملك اليمين او شبهة او زنا فيحرم الكل على الآباء لكن الثابت كما تحرم التي بها ومن فكرنا للآباء على الابناء سواء تناول المعقود عليها للابن وبنيه وان سفلوا قبل الوطي فالغرض هنا بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك اعتبارا من المحل لمكان الحلال وقد قام الدليل على حرمة التي بها للابن على الاب به هو ما سنذكره في موضعه فيجب اعتباره في اعم من المحل والحل ثم يراد بالابناء الفروع فيحرم حليلة الابن السافل على الجد الاعلى وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة المتبني وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعي والمنقول عنهم ان ذكر الاصلاب لاحلال حليلة المتبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف قوله ولا بامه من الرضاعة كل ما ذكرنا انه يحرم من اول الفصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو ارضعت امرأة صبيا حرم عليه زوج زوج الظئر الذي نزل لبنها منه لانها امرأة ابيه من الرضاعة ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة وسنستوفي ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع قوله ولا يجمع بين اختين نكاحا اي عقدا ولا بملك يمين وطيا وهذان تمييزان لنسبة اضافية والاصل بين نكاح اختين ووطيهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما اختين من النسب او الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان ارضعتهما اجنبية فسد نكاحهما وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف بناء على ان التحريم المذكور اول الآية اضيف بواسطة العطف الى الجمع وهو اعم من كونه عقدا او وطيا وعن عثمان رضي الله عنه اباحة وطي المملوكتين قال احلتهما آية وحرمتهما آية وهما بنيه وقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم فرجح الحل فحمل الغالبان عثمان رضي الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يعتد بخلاف اهل الظاهر وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر الخ غريب وفي الباب احاديث كثيرة

فان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطيا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطي المملوكة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احدهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق

منها ما في الصحيحين عن ام حبيبة قالت يا رسول الله انكح اختي الحديث الى ان قال انها لا تحل لي وحديث ابي داود عن الترمذي عن ابي وهب الجيشاني انه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن ابيه فيروز الديلمي قال قلت يا رسول الله اني اسلمت وتحتي اختان قال طلق ايتهما شئت قال الترمذي حسن غريب وصححه البيهقي وابن حبان ولفظ ابي داود واختر ايتهما شئت **قوله** فان تزوج اخت امة قد وطيها صح النكاح خلافا لبعض المالكية بناء على قولهم ان المنكوحة موطوءة حكما باعترافكم فيصير بالنكاح جامعا وطيا حكما وهو باطل باعترافكم لانكم عللتم عدم جواز وطي الامة وان لم يكن وطي المنكوحة بلزوم الجمع وطيا حكما وقلتم ان حكم وطي الامة السابق قائم حتى استحب له لو اراد بيعها ان يستبرئها وما قيل حال صدور العقد لا يكون جامعا وطيا بل بعد تمامه فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فان صدوره من اهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان لكن هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع علل المنع فيها بمثله وقد يجاب بان هذا اللازم بيده ازالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطي بعد بالقياس اذ ذاك **قوله** ولا يطأ الامة الحاصل انه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الامة على نفسه بسبب كبيع للكل او البعض والهبة مع التسليم والاعتاق او بالكتابة والتزويج وعن ابي يوسف رح لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعده وطيها لاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطي قبل التمليك حلت المملوكة بمجرد التمليك ووجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعي ومالك واحمد رح تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لان حرمة وطيها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة الى اشتراط التحريم بسبب آخر واجيبوا بان حكم الوطي المرقوقة قائم حتى لو اراد بيعها استحب له ان يبرأها فلو وطي يكون جامعا وطيا حكما واطلاق الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفا وبهذا اذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد الا اذا دخل بالمنكوحة فيحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لانه وطي معتبر تترتب الاحكام عليه **قوله** لان المرقوقة ليست موطوءة حكما لان ملك اليمين لم يوضع للوطي بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة **فرع** لو اشترى اختين ليس له وطيهما فان وطي احدهما او لمسها بشهوة لم يحل له وطي الاخرى حتى يحرم الاخرى بسببه ولو وطيهما اثم ثم لا تحل له وطي واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب ولو باع احدهما او وهبها او زوجها ثم ردت المبيعة او رجع في الهبة او طلقت المنكوحة او انقضت عدتها لم يحل وطي واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب كما كان اولا **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما هذا التفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين اذ لو كانا في عقدة بطلا يقينا وبعدم علم الاولية اذ لو علم صح النكاح الاول وبطل الثاني وله وطي الاولى الا ان يطأ الثانية فتحرم الاولى الى انقضاء عدة الثانية كما لو وطي اخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة وفي الدراية عن الكامل لو زنى باحدى الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه اعلم **قوله** ولا وجه للتعيين لعدم الاولوية طولب بالفرق بين هذا وما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل واجيب بامكانه هناك لا هنا لان النكاح كان متيقن الثبوت فلا ان يدعي نكاح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فدعواه تمسك بما لم يتحقق ثبوته **قوله** ولا الى التنفيذ مع التجهيل اي تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لانه تنفيذ الجمع بين الاختين او تنفيذ نكاح احدهما مع تجهيلة بان ينفذ الاحد الدائر بينهما لعدم الفائدة وهو حل الاستمتاع اذ لا يقع الا في معينة ولا حل في المعينة او للضرر عليها بالزامه النفقة وسائر الواجب مع عدم حصول المقصود وعليها بصيرورتها معلقة لا ذات بعل في حق الوطي ولا مطلقة ولتضرر الاولى لو وقع تعيينه لغيرها وهي الصحيحة والثانية لو وقعها

ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما
وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المراة
وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا
على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله
ولا يجمع بين امراتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة

في الوطء الحرام، وفي هذا نظر اذ لا ضرر عليهما في الدنيا وهو ظاهر ولا في الآخرة لعدم قصدهما فلا اثم ولو قال للضرر بالواو كان اولى لان كلا منهما
لازم للتنفيذ مع التجهيل فتعين التفريق والظاهر انه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك فان وقع قبل الدخول فله ان يتزوج ايتهما
شاء في الحال او بعده بها فليس له ان يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الاخرى كيلا
يصير جامعا وان بعده باحداهما فله ان يتزوجها في الحال دون الاخرى فان عدتها تمنع من تزوج اختها قوله ولهما نصف المهر المسمى لهما بناء على ان التفريق
قبل الدخول مع تساوي مهريهما جنسا وقدرا وسواء ادعت كل انها سابقة او واحدة فقط اما لو قالت لا ندري السابقة منا لم يقض لشيء فلو كان التفريق بعد الدخول
وجب لكل منهما مهرها كاملا وفي النكاح الفاسد يقضي بمهر كامل وعقر كامل ويجب حمله على ما اذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا اما اذا اختلف فيتعذر ايجاب مهر ليست
احداهما اولى بجعلها ذات العقد من الاخرى لانه فرع الحكم بانها الموطوءة في النكاح الفاسد هذا مع ان الفاسد ليس حكم الوطء فيه اذا سمي فيه العقر بل الاقل من المسمى
ومهر المثل ولو اختلفا جنسا وقدرا يقضي لكل بربع مهرها وان لم يكن في العقد تسمية يجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وكل هذه الاحكام المذكورة
بين الاختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتقييد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما اي دعواها انها الاولى او يصطلحان
بان يقولا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على اخذه ذكره المشايخ ليندفع به قول ابي يوسف انه لا شيء لهما بالجهالة المقضي لها فهو كما لو قال لاحد
هذين عندي الف لا يقضى لشيء لجهالة المقضي له وعن محمد ان عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لان الزوج اقر بجواز نكاح احداهما فيجب مهر كامل وجوابه انه يستلزم
ايجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه فان ايجابه كان لحكم الموت او الدخول قوله ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها تكرار لغير داع
الا ان يكون المبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة
اختها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ذكر ذلك لا للتوهم فانه لا يستلزم منع نكاح المراة على عمتها او خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة
بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون العكس لا على ابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام في الصحيحين كما لم يمنع حرمة نكاح
الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر في ان
هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يزد فيه على قوله لا يجمع بين المراة وعمتها ولا بين المراة وخالتها انتهى في الصحيح قوله وهذا مشهور اعني الحديث اذ كونه
ثابتا في صحيح مسلم وابن حبان رواه ابو داود والترمذي والنسائي وبتلقي الصدر الاول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم الغفير منهم ابو هريرة
وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابو سعيد الخدري فيجوز الزيادة به على الكتاب يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء
ذلكم لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع ان العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة فلو كان من اخبار الآحاد جاز التخصيص
ايضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر انه لا بد من اعتبار الشهرة لان الحديث موقعه النسخ لا التخصيص لان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم اذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فيلزم حل المشركات وهو منتف او تكرار النسخ وحاصله خلاف الاصل بيان الملازمة انه يكون السابق حرمة المشركات
ثم نسخ بالعام وهو احل لكم ما وراء ذلكم فيجب تقدير ناسخ آخر لان الثابت الآن الحرمة قوله ولا يجمع بين امراتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز ان يتزوج
بالاخرى اتى بعد ذكر ذلك الفرع باصل كلي تتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك ان يتزوج كل من رجلين ام الآخر فيولد لكل منهما بنت
فيكون كل من البنتين عمة الاخرى او يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للاخرى فيمتنع الجمع بينهما. والدليل على اعتبار

والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور

الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم وروى ابو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة يفرض وصلها وهي ما تضمنه الاصل المذكور وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص العمتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كره ان يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين والخالتين وان تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد **قوله** والقرابة المحرمة للنكاح اي بمقتضى آية المحرمات محرمة للقطع على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني اي انما حرمت للقطع فانه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية اعني حرمت عليكم امهاتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك ايضا كمنافاة الاحترام الواجب للامهات والعمات والخالات بالافتراش فيمكن ادراجه في القطيعة ولا شك ان الجمع افضى اليه لاكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع اولى من حرمة الآحاد **قوله** ولو كانت المحرمية بينهما اي بين المرأتين بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجوز ان يجمع بين الاختين من الرضاع او امرأة وابنة اخيها من الرضاع لانها عمتها او امرأة وابنة اختها من الرضاع لانها خالتها من الرضاع **قوله** لا قرابة بينهما ولا رضاع يعني ان الموجب لاعتبار ذلك الاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرم عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها او الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز ان يجمع بين اختين من الرضاع او عمة او خالة وابنة اخيها او اخت من الرضاع وكذا كل محرمية بسبب الرضاع وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا بلا دليل وهذه اعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة ابيها مما اتفق عليه الائمة الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه احد من اهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز اخرجه الدارقطني عن قثم مولى ابن عباس قال تزوج عبد الله بن جعفر زينب بنت علي وامرأة علي وذكر البخاري تعليقا قال جمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأة علي وتعليقه صحيح قال ابن سيرين لا بأس به وكرهه الحسن مرة ثم قال لا بأس به وقدمنا قريبا انه لا بأس ان يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه امها او بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد ابن الحنفية امرأة وزوج ابنه بنتها **قوله** ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وان علت فتدخل الجدات بناء على ما قدمته من ان الام هي الاصل لغة وابنتها وان سفلت وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني واجداده وان علوا وابنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان افضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن ابي يوسف اكره له الام والبنت وقال محمد التنزه احب الي ولكن لا افرق بينه وبين امرأته وقد يقال اذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة محرما يجب القول بالتحريم اذا افضاها ان لم ينزل وان انزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر بعده او زاد انتشاره كما في غيره والجواب ان العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك لعدم تيقن كونه في القبل ولا بد من كونها مشتهاة حالا او ماضيا وعن ابي يوسف اذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء ولهما ان العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجوازه وقوعه لابراهيم وزكريا عليهما السلام وكان ان يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما فتساويا ولم يعتبر [illegible] على خلاف العادة لا توجب ان الثبوت العادي ولا يخرجان بالعادة عن التمني ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي واحمد ووجهه ما تضمنه الجواب المذكور وتقييد بنتا قال مالك في رواية واحمد خلافا للشافعي ومالك في اخرى وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن حصين وجابر

ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا

وابي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري واسحق بن راهويه ولو ولدت منه بنتا بان زنى ببكر وامسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه لقصر امهاتها امهات اولاد لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد الولد الذي يترتب عليه احكام الشرع الا ان حكم الحرمة عارضنا فيه قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا والاتفاق على حرمة الابن من الزنى على امه فعلمنا ان حكم الحرمة ما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في امر الفروج وبحرمة البنت من الزنى قال مالك في المشهور واحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اخته من الزنى وبنت اخيه او ابنه بان زنى ابوه او اخوه او اخته او ابنه فاولدوا بنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد وقوله ظاهر من الكتاب قوله ولنا ان الوطء سبب الحرمة اعلم بان الدليل يتم بان يقال هو وطء سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على الغاء وصف الحل في المناط وهو بعينه هذا منشأ الافتراق ونحن نبين الغاءه شرعا بان وطء الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وامته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم ان المعتبر هو الاصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا او حراما وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام الحلال غير مجرى على ظاهره ارايت لو بال او صب خمرا في ماء قليل مملوك له لم يكن حراما مع انه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما ثم نقول بموجبه اذ لم نقل باثبات الزنى حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ هذا لو صح الحديث لكن حديث ابن عباس ضعف بعثمن بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وابو داود وليس بشيء وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن ابي فروة وهو متروك وحديث عائشة ضعف بانه من كلام بعض قضاة العراق قاله الامام احمد وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء بناء على ان المراد بالنكاح الوطء اما لانه الحقيقة اللغوية او مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطء لا نفس العقد ويمكن منع هذا بل نفس لفظ الذي وصفه الشارع لاستباحة الفرج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الاباء اي المعقود عليهن لهم بعد ما جعل الله تعالى قبيحا وقد قدمنا تمام اعتبار الاية دليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى اصحابنا احاديث فيه منها قال رجل يا رسول الله اني زنيت بامراة في الجاهلية افانكح ابنتها قال لا ارى ذلك ولا يصلح ان تنكح امراة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها وهو مرسل منقطع وفيه ابو بكر بن عبد الرحمن بن ابنة حكيم ومن طريق ابن وهب عن ابي يوسف عن ابن جريج ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة ثم يغمزها لا يزيد على ابنتها وهو مرسل ومنقطع الا ان هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فاذا صح ان المنقولات تكافأت وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو يترتب على المصاهرة فحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا عضدا وساعدا يهمه ما اهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفت الصهرية وغايته انها ايضا انه الانسان ينفر عن الزاني ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فانى ينتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه الغاء وصف زائد على كونه وطأ وظهر ان حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا ان الشيخ ره ذكره بيانا لحكمة العلة يعني ان الحكمة في وجوب الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا وهو ان الفصل فلا بد من اختلاطهما ولا يخفى ان الاحتياط

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها

لا يحتاج تحققه الى الولد والا لم تثبت الحرمة بوطء على غير علوق او الواقع خلافه فتضمنت جزءه والاستمتاع بالجزء حرام لقوله صلى الله عليه وسلم ناكح اليد ملعون الا في
موضع الضرورة وهي المنكوحة والا لاستلزم البقاء متزوجا عظيما تضيق عنه الاموال والنساء واذا تضمنت جزءه صارت امهاتها كامهاته وبناتها
كبناته فيحرمن عليه كما تحرم امهاته وبناته حقيقة ونقول هو لا وجود له بالانفصال لا تنقطع النسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غاية ما يلزم كون
المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المترفه قوله ومن مسته امرأة بشهوة اي بدون حائل او بحائل رقيق يصيب حرارة البدن الى اليد
وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر روايتان ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ويشترط كونها مشتهاة حالا او ماضيا فلو مس عجوزا
بشهوة او جامعها تثبت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس فما دونها لا بلا تفصيل وبنت
ثمان وسبع او ست ان كانت عبلة كانت مشتهاة والا فلا وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن اربع سنين زوجة ابيه لا تثبت حرمة المصاهرة وهذا او حدنا
من قريب ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا او ناسيا او مكرها او مخطئا حتى لو ايقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى بنت منها فقرصها بشهوة
وهي ممن تشتهى يظن انها امها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة ولك ان تصورها من جانبها بان ايقظته هي كذلك فقرصت ابنها منه وقوله بشهوة في
موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من ان الصحيح ان تنتشر الآلة او تزداد
انتشارا هو قول السرخسي رحمه الله وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى ان يميل قلبه ويشتهي جماعها وفرع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فاولج
بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الام ما لم يزدد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب اما الشيخ والعنين فحدهما تحرك قلبه او زيادة تحركه ان كان
متحركا لا مجرد ميلان النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له اصلا كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس واقر انه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن
مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة من احدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها في حق الحرمة واقله تحرك
القلب على وجه يشوش الخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بان يصدقها ويقع في اكبر رايه صدقها وعلى هذا ينبغي ان يقال في مسه اياها لا
تحرم على ابيه وابنه الا ان يصدقاه او يغلب على ظنهما صدقه ثم رايت عن ابي يوسف انه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرأة قبلت ابن زوجها
وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به على الابن ان تعمد
الفساد ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار
باللمس والتقبيل بشهوة ولو اقر بالتقبيل وانكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم
قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى ايته اتفق في المرأة اذا اخذت ذكر الختن في الخصومة
فقالت كان عن غير شهوة انها تصدق انتهى ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشرا فانه
لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل انه اذا اقر بالنظر وانكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا انكر الشهوة لا يصدق بلا خلاف في
ما اعلم وفي التقبيل اذا انكر الشهوة اختلف فيه قيل يصدق لانه لا يكون عن شهوة غالبا الا ان يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل يقبل وقيل بالتفصيل
بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق او على الفم فلا والارجح هذا الا ان الخد يرى الحاقه بالفم ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما يقام عليه
البينتان هذا المدعى تزوج امها او قبلها او لمسها بشهوة على ان قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه او في اللمس

وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها

فقط ان اريد غير الفم ونحوه والحاصل ان الدعوى اذا وافقت الظاهر قبلت والا ردت فرأى الفضلى وفي المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه وان كانت في غير ملكه تحل لابنه ان كذبه لان الظاهر يشهد له قوله وقال الشافعي لا تحرم قيل عليه ان ثبوت خلافه مستفاد من المسألة السابقة بطريق اولى فلا حاجة الى تعلمه مرة اخرى اجيب بان المس المتكلم فيه ثمة مفروض في الحلال وان كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه في المس الحلال لا يتوقف عليه بالسابقة ورد لا بد من فرض كون الممسوسة ثمة ما في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور اليها التي فيها خلاف الشافعي الاجنبية لانه اما ان يراد المنكوحة او الاجنبية او الامة لا سبيل الى الاول لان ام المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر والمس لا ان حرمتها جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة الا اقامة تحريم الربيبة دون الام ولا سبيل الى الاجنبية لان الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي قوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل وعن ابي يوسف النظر الى منابت الشعر محرم وقال محمد حتى ينظر الى الشق وجه ظاهر الرواية ان هذا الحكم تعلق بالفرج والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه وان الاحتراز عن النظر الى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره انتهى وللقائل ان يمنع الثاني ويقول في الاول قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من اول الكتاب ما افاد نظيره والى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر الى الخارج وهو قوله ولنا انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بان نفس الحكم وهو التحريم بالمس ثبت بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط فروع النظر من وراء الزجاج الى الفرج محرم بخلاف النظر في المرآة ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه تثبت الحرمة ولو كان من على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم كان العلة والله اعلم ان المرئي في المرآة مثاله لا هو وبهذا عللوا الحنث فيما اذا حلف لا ينظر الى وجه فلان فنظره في المرآة والماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي بخلاف المرآة ومن الماء وهذا ينفي كون الابصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الاشعة والا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما بخلاف المرئي في الماء لان البصر ينفذ فيه اذا كان صافيا فيرى نفس ما فيه وان كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ولهذا كان له الخيار اذا اشترى سمكة رآها في الماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر ثم شرط الحرمة بالنظر او المس ان لا ينزل فان انزل فقال الاوزجندي وغيره يثبت لان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت والمختار لا تثبت كقول المصنف وشمس الائمة والبزدوي بناء على ان الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر انه لم ينزل حرمت والا فلا والاستدلال المذكور في الكتاب الا ان قامت حجة لو نيط الحكم بالمسبب انما يكون لخفاء السبب والا فهو تعليق بغير المناط بغير حاجة والاولى ان ما يكون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد لا النظر والمس نظرا الى ان الآثار جاءت بالحرمة في المس ونحوه وقد روي في الغاية السمعانية حديث ام هانئ عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وعن عمر انه جرد جارية ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال اما انها لا تحل لك وهذا ان تم كان دليل ابي يوسف في كون النظر الى منابت الشعر كافيا وعن ابن عمر قال اذا جامع الرجل المرأة او قبلها او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وابنتها وعن مسروق انه قال بيعوا جاريتي هذه اما اني لم اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة قوله لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة اختها من نكاح فاسد او عاشر من طلاق بائن وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن جاز وعلى هذا الخلاف تزوج اربع سوى المعتدة عن بائن وبقوله قال مالك وبقولنا قال احمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس ثم ذكر سليمان بن يسار عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي وروي عن زيد بن ثابت ثم الا ان ابا يوسف ذكر في الامالي

حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن[1] او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا[2]

رجوع زيد رض عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي رح وحكي ان مروان شاور الصحابة رض في هذا واتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في شئ كاجماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والى فطه صلى اربع قبل الظهر ثم ان محل النزاع متجاوز باصلان الطلاق الرجعي بابعد انقضاء العدة فقياس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح اجمالا لانا منع وحده الطلاق البائن يدل على انقطاعه لانه لو وطيها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قياس النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وبدلالة ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي لاقيام احكامه الان لفظ تزوجت وزوجت تلاشا بحجر والانقضاء فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا وامساكا وقد بقي الامساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فبقي النكاح من وجه واذا كان قائما من وجه حرم تزوج اختها واربع سواها من وجه فتحرم مطلقا الحاقا بالرجعي او بما لا يحصى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم واباحة مع وجوب الاحتياط في امر التزويج ويخص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا اظهر والزم فان مواصلة اختها في حال حبسها بلا استمتاع اغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج واذا انكره ففيه دليل على انه لو ادعى نسبه يثبت ويستلزم ان لو وطي في عدة الثلث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد الا لم يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما سنقرره وانما قلنا اثر النكاح قائم من وجه وبه تحرم الاخت من وجه وبه تحرم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع ماء في رحم اختين لجواز العلوق بعد النكاح ويثبت في المعتدة البائن الى سنتين وهو ممتنع بالحديث انتهى يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين ومثله لو علقه لمطلقة قبل الطلاق ثم دخل باختها بعده يلزم ما ذكرنا ايضا فروع الاول اذا اخبر المطلق عن المطلقة انها اخبرته ان عدتها انقضت فان احتمل المدة اولا لا يصح نكاح اختها في الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا ان يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول يصح نكاح اختها سواء سكتت المخبر عنها او صدقته او كذبته او كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاح اختها لانها امينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولد ها اذا اتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول لقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا انه اخبر عن امر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها انفع الا في حقها فقلنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لا حق لها فيه لا تقبل فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعا ببقاء العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فان من ضرورة القضاء به الحكم باستناد العلوق فيتيقن بكذبه ثم قال في الاصل ههنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق الميراث للاولى دون الاخرى ولكن وضع المسئلة ههنا اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها انقضت وكذبته وانما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها بما في نقضها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها وهو ان يقبل قوله ذلك اخبار ان الواقع صار ثابتا فكانه ابانها في صحته فلا ميراث لها ولو ابانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول ابي حنيفة لان عندهما يجوز جعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد حتى كان الميراث للاولى فلا ميراث

ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله

للثانية الثاني لو اعتق ام ولده لم يحل له تزوج اختها حتى تنقضي عدتها ويحل اربع سواها عنده وعندهما تحل الاخت ايضا قياسا على تزوج الاربع ولان حقيقة الملك لما لم تمنع فكيف بالعدة وما هي الا اثره وابو حنيفة رحمه الله يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده الا ترى انه كان يمكن من تزوجها قبله لا بعده فلو تزوج حتى تنقضي فلو صح تزوج اختها بعد العتق كان مستلحقا النسب لدى اختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها اذ غايته انه جمع بين فرش الخمس الثالث لو تزوج المرتدة اذا لحقت بدار الحرب تزوج اختها قبل انقضاء عدتها كما اذا ماتت لانه لا عدة عليها من الهلاك للتباين فان عادت مسلمة فالمعتد تزوج الاخت او قبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند ابي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح اختها عنه روايتان وفي الثاني لذلك عند ابي حنيفة لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعندهما ليس له تزوج الاخت وعودها مسلمة ليصير شرعا لحاقها كالغيبة الا ترى انه يعاد اليها مالها فتعود معتدة قوله ولا يتزوج المولى امته ولو ملك بعضها ولا المرأة عبدها وان لم يملك سوى سهم واحد منه وقد حكى في شرح الكنز الاجماع على بطلانه وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية

قوله لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين اي في الملك منها ما يختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل الا باذن ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد في حق الاضافة والمملوكية تنافي المالكية فقد تنافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم منافي للملزوم ولا وجود اذا تاملت بعد هذا التقرير للسوال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الفرض ان لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من ملك الامور على الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه ولو اشترت زوجها او شيئا منه فسد النكاح ويسقط المهر كما لو ورث عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين ويجوز تزوج الكتابيات والاولى ان لا يفعل ولا ياكل ذبيحتهم الا لضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلق باخلاق اهل الكفر وعلى الرق بان تسبى وهي حبلى فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابي من يقر بنبي ويومن بكتاب والسامرية من اليهود واما من آمن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم اهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال في المستصفى قالوا هذا يعني الحل اذا لم يعتقدوا المسيح الها اما اذا اعتقده فلا وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان لا ياكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح اله وان عزيرا اله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغي ان يجوز الاكل والتزوج انتهى وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الائمة في ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة او لا وهو موافق لاطلاق ما في الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فسره بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذا كان منع ابن عمر من تزويج الكتابية مطلقا لاندراجها في المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى ان قال سبحانه وتعالى عما يشركون قلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا الا كلهم فهم وديارنا يصرحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد واما النصارى فلم ار الا من يصرح بالابنية قبحهم الله لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل في اهل الكتاب فاما من اطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك اذا ذكر في لسان الشارع لا ينصرف الى اهل الكتاب وان صح لغة في طائفة بل طوائف واطلق لفظ الفعل اعني يشركون على فعلهم كما ان من رأى بعمله من المسلمين فلم يعمل الا لاجل زيد يصح في حقه انه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك ارادته لما عهد من ارادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين منفكين ونص على حلهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اي العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يقتضي ان المعنى احل لكم المسلمات

ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فإن كن قد انقرضن فلا فائدة إذ لا يتصور الخطاب بحل الأموات للمخاطبين الأحياء وإن كن أحياء دخلن في دين
سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخلن في المحصنات المعطوف عليه هو
قوله والمحصنات من المؤمنات ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكره بعث الأمة
على التخير للنطفة ألا يرى أن العفة ليست شرطا في المؤمنات اتفاقا وإن لم يدخلن فهو عين الدليل حيث أبيح الكتابيات الباقيات على ملتهن ولو سلم فهي منسوخة
أعني ولا تنكحوا المشركات نسخت في حق أهل الكتاب المثلثين وغيرهم بآية المائدة وبقي من سواهم تحت المنع ذكره جماعة من أهل التفسير لأن سورة المائدة
كلها لم ينسخ منها شيء قط على أن تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير بإرادة لا لغة ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم
فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر رضي الله عنه فقالوا نطلق يا أمير المؤمنين وإنما كان غضبه لمخالطة الكافرة وخوف الفتنة على الولد لأنه في
صغره ألزم لأمه وشدد قول مالك ثم يصير لشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع إلا لعدم الحل ألا ترى إلى قولهم نطلق يا أمير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره
ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف إلى زمنه وخطب المغيرة هند ابنة النعمن بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق إلى اليوم بظاهر الكوفة
وكانت قد عميت فأبت وقالت أي رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء ولكن أردت أن تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمن بن المنذر فقال صدقت وأنشأ
يقول: أدركت ما منيت نفسي خاليا ۞ لله درك يا ابنة النعمان ۞ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ۞ إن الملوك ذكية الأذهان ۞ في أبيات وكانت بعد ذلك تدخل
عليه فيكرمها ويسألها عن حالها فقالت: فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا ۞ إذا نحن فيهم سوقة نتنصف ۞ فأف لدنيا لا يدوم نعيمها ۞ تقلب تارات بنا وتصرف قولها
نتنصف أي نستخدم والمنصف الخادم فإذا كان الأمر على ما قررناه فلا جرم أن ذهب عامة المفسرين إلى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة
شرطا بل هو للعادة أو للندب أن لا يتزوجوا غيرهن كما أشرنا إليه آنفا والأئمة الأربعة على حل الكتابية الحرة وأما الأمة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتي الخلاف
فيها **قوله ولا يجوز تزوج المجوسيات** عليه الأربعة ونقل الجواز عن داود وأبي ثور ونقل إسحق في تفسيره عن علي رضي الله عنه بناء على أنهم من أهل الكتاب فوقع ملكهم على أخته
ولم ينكر عليه فأسري بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشيء لأنا نعني بالمجوس عبدة النار فكأنهم كان لهم كتاب أو لا لا أثر له فإن الحاصل أنهم الآن داخلون في المشركين
وبهذا يستغني عن منع كونهم من أهل الكتاب بأنه يخالف قوله تعالى إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بإنكار وعدهم المجوس يقتضي أنهم ثلث طوائف
وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان أخرجوا عن كونهم أهل كتاب يدل على إخراجهم الحديث المذكور وهو ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن قيس بن مسلم
عن الحسن بن محمد بن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا
آكلي ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل ومع إرساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء ورواه ابن سعد في الطبقات
من طريق ليس فيها عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر إلى أن قال بأن لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وفي سنده الواقدي
وروى مالك في موطاه عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال ما أدري ما أصنع في أمرهم فقال عبد الرحمن بن عوف أشهد لسمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة أهل الكتاب انتهى وسيأتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية إن شاء الله تعالى **قوله ولا الوثنيات** وهي بالإجماع والنص
وتدخل في الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لأن اسم
المشرك يتناولهم جميعا وقال الرستغفني لا يجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال والفضلي ولا من قال أنا مؤمن إن شاء الله لأنه كافر ومقتضاه منع مناكحة

ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم

الشافعية وما اختلف فيها هكذا قيل يجوز وقيل تتزوج بنتهم ولا يزوجهم بنته ولا يخفى ان من قال انا مؤمن ان شاء الله تعالى فانما يريد ايمان الموافاة يصرحون به بمعنى الذي يقبض عليه العبد لانه اخبار عن نفسه بفعل في المستقبل او استصحابه اليه فيتعلق به قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله وعلى هذا فيكون ان شاء الله ... شرطا لا كما يقال انه لمجرد التبرك وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره غير انه عندنا خلاف الاولى لان تعويد النفس بالجزم في مثله ليصير ملكة خير من ادخال عادة التردد في انه هل يكون مؤمنا عند الموافاة اولا واما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير اهل القبلة وان وقع الزاما في المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون واقول وكذا القول بالايجاب بالذات ونفي الاختيار **فرع** تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تتزوج اليهودية نصرانية او مجوسية والمجوسي يهودية او نصرانية لانهم اهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كاهل المذاهب من المسلمين **فرع** اجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاؤس وعمرو بن دينار وطئ المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الاطلاق في سبايا العرب كاوطاس وغيرها وهن مشركات والمذهب عندنا وعند عامة اهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فاما ان يراد الوطئ او كل منهما بناء على انه مشترك في سياق النفي او خاص في الضم وهو ظاهر في الامرين ويمكن كون سبايا اوطاس اسلمن **قوله** ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب وان عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة بهذا فسرهم ابو حنيفة فبنى عليه الحل وفسراهم بعبدة الكواكب فبنيا عليهم حرمته وقيل فيهم طائفتان وقيل فيهم غير ذلك فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم **قوله** والمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وفيه خلاف الثلاثة وتزويج الولي المحرم موليته على هذا الخلاف تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح رواه الجماعة الا البخاري عن ابان بن عثمن بن عفان قال سمعت ابي عثمن يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم وابو داود ولا يخطب زاد ابن حبان في صحيحه ولا يخطب عليه وفي موطا مالك عن داود بن الحصين ان ابا غطفان المري اخبره ان اباه طريفا تزوج امرأة وهو محرم فرد عمر بن الخطاب نكاحه ولنا ما رواه الائمة الستة في كتبهم عن طاؤس عن ابن عباس قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم فزاد البخاري وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وله ايضا عنه ولم يصل سنده به قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة في عمرة القضاء وما عن يزيد بن الاصم انه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فانه مما اتفق عليه الستة وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي وايضا لا يقاوم بابن عباس حفظا واتقانا ولذا قال عمرو بن دينار للزهري وما يدري ابن الاصم اعرابي كذا وكذا الشيء قاله اتجعله مثل ابن عباس وما روي عن ابي رافع انه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى وهو حلال وكنت انا الرسول بينهما لم يخرج في واحد من الصحيحين وان روي في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة ولذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن قال ولا نعلم احدا اسنده غير حماد عن مطر وما روي عن ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال فمنكر عنه لا يجوز النظر اليه بعد ما اشتهر بعد ان كاد ان يبلغ اليقين عنه في خلافه وكذا بعد ان اخرج الطبراني ذلك عارضه بان اخرجه عن ابن عباس من خمسة عشر طريقا انه تزوجها وهو محرم وفي لفظ وهما محرمان وقال هذا هو الصحيح وما اول به حديث ابن عباس بان المعنى وهو في الحرم فانه يقال انجد لمن دخل بارض نجد واحرم اذا دخل ارض الحرم بعيد ويبعده حديث البخاري تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال والحاصل انه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الاصم وابان بن عثمان وحديث ابن عباس اقوى منهما سندا فان رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا ويعضده ما قال الطحاوي وروى ابو عوانة عن مغيرة عن ابي الضحى عن مسروق عن عائشة قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه

لم يجوزمنا كحتهم لانهم مشركون والخلافُ المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكلٌّ اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رح

وهو محرم قال ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم انتهى وهذا الحديث اخرجه ايضا البزار قال السهيلي انما اردت نكاح ميمونة ولكنها لم نسمها وبقوة ضبط الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وان تركنا ما تساقط للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنا لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته ان ينزل منزلة نفس الوطء واثره في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه وايضا لو لم يصح لبطل عقد المنكوحة سابقا لطرو الاحرام لان المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطارئ على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنا لان رواية ابن عباس نافية ورواية يزيد مثبتة لما عرف ان المثبت هو الذي يثبت امرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطارئ على الاحرام والاتفاق على انه لم يتق على حل طارئ ولا شك ان الاحرام اصل بالنسبة الى الحل الطارئ عليه ثم له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفيا من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الاثبات ويرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق واما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل ان يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد نافٍ فيرجح حديث ابن عباس من حيث المتن لترجيح المثبت على النافي ولو عارضنا بان كان نفي يزيد مما عرف بدليله لان حالة الحل تعرف ايضا بالدليل وهي هيئة الحلال كان الترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن وان وفقنا لدفع التعارض حملنا لفظ التزويج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا بعلاقة السببية العادية ونحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم اما على نهي التحريم والنكاح للوطء والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص اي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها والعجب ممن يضعف هذا الوجه بان التمكين من الوطء لا يسمى نكاحا مع ان اللازم الانكاح لا النكاح والا استبعاده باختلال عربيته فليس بواقع لان غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره اكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التاويل او على نهي الكراهية جمعا بين الادلة وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود الانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المنوط به الكراهة وهو عليه الصلوة والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقه وحقنا لاختلاف المناط فينا وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله فرع ويجوز تزويج الحرة الامة مسلمة كانت او كتابية الخ قيد الحر غير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية فكان الصواب بدله وعند الكتاب حذفه كقوله عنهما كقولنا قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الاية استفيد منها عدة احكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز نكاح الامة مطلقا حين الضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في من فتياتكم المؤمنات وايضا اذا لم تجز الامة الا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حال الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه لاطلاق المقتضي من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شيء الا بما يوجب التخصيص ولم ينتهض ما ذكروه مخرجا اما اولا فالمفهوم اعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول واما ثانيا فبتقدير الحجية مقتضى المفهومين عدم الاباحة الثابتة عند

لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية

وجود القيد المبيح وعدم الاباحة الثابتة اعم من ثبوت الحرمة او الكراهة ولا دلالة للاعم على اخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة اقل فتثبت فقلنا بها وبالكراهة صرح في البدائع واما التعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على اصول شتى او لتعيين احد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم مرادا بالاعم فان عنوا ان فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه الحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار امه ان كانت حرة فحر او رقيقة فرقيق وان ارادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لان يقارنه الرق في الوجود لا ارقاقه سلمنا وجوده ومنعنا تاثيره في الحرمة بل في الكراهة وهذا لانه كان له ان لا يحصل الولد اصلا بنكاح الآئسة ونحوها فلان يكون له ان يحصل رقيقا بعد كونه مسلما اولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب ان يعترف له به وهذا ثابت بالولد المسلم الحر مع ذلك كما يرجع اكثره الى من ينوي وقد جاز للعبد ان يتزوج امتين بالاتفاق مع ان فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك عدم الضرورة وكون العبد ابا لا اثر له في ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان الولد حرا والمانع انما يعقل كونه ذات الرق لانه هو الموجب للنقص الذي جعلوه محرما لا مع قيد حرية الاب يوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم لو صح ذلك التعليل اعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم يعد وجود شرط تزوج الامة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط الا ان تكون جارية ابنه اي ملكا للابن قال في خلاصتهم لو انه استولدها قبل النكاح صارت ام ولده فتزول ملك الولد عنها ثم ملكه وعند الامام ملك للاب من وجه اصلا والحرمة على الابن **قوله** ولا يتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة اخرج الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد ثنتان الحديث الى ان قال وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن اسلم ضعيف واخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا وكذا رواه ابن ابي شيبة عنه واخرج عبد الرزاق انا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة واخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه واخرج ابن ابي شيبة عن علي رضي الله عنه لا تنكح الامة على الحرة واخرج عن ابن مسعود نحوه واخرج ابن ابي شيبة ثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين تقوي الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان اختلف طرق اضافتهم فان الثلاثة اضافوا الى مفهوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك ان تزوج الامة على الحرة تكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله وهو حجة على الشافعي في اجازة ذلك للعبد يعني حجة عليه الا انه الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله والشافعي يرى حجيته اذا اقترن باقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد حكيت ذلك عن علي وجابر على الاطلاق كما بيناه وكذا يرى حجيته اذا افتى به جماعة من اهل العلم وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعني تعدد المخرج نظر الى بعض ما يروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا فان وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على انه لم يرسل الا عن اصل يصح ان شاء الله وكذا ان وجد عوام من اهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى وبه يخص قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اذ قد خرج منه ما قدمنا وفيه نظر فان اخراج المشركات الوثنيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد وقياس

وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج امة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في كتاب الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابي حنيفة ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده

وما قيل انه مخصوص منه الجمع بين الاختين غلط لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم انما دل الكم ليتحقق اخراجه لانه بما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال واحل لكم ما وراء ذلكم اي ما وراء المذكورات فلم يتناوله اصلا واذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فاخراجه يستدعي مخرجا ولم يثبت اذ اضافة اخراجه الى تخصيص العلة التي ادعوا انها موثرة لحرمة نكاح الامة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت انه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها لان المعقول تاثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول قوله وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة مالك يقول بحجية المرسل اذا صح طريقه الى التابعي لكنه علله بمخافة الحرة بادخال ناقصة الحال عليها فاذا رضيت انتفى ما لاجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى تخصيص النص فان لم يكن منصوصا ولا مومئا اليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ثم بتقدير جواز ذلك فتعليلنا باظهر اثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر اثره في الطلاق والعدة والقسم اولى فيكون المنع باعتبار التعليل بالتنصيف في احوال نكاح الامة بيانا ان الحل الثابت في النكاح نعمة ومبين ان الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل على انه تحليل بل نصف الحل ايضا وهو تنصيف القسم اذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها الا ممكن فيظهر ان حكم هذا الحديث لارادة تنصيف الاحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك ان لنكاحها حالتي الانضمام الى نكاح حرة سابقة والانفراد عنها فالتنصيف اذ كان امكان الحالتين قائما بتصحيح نكاحها في حالة دون حالة وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام الى امة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام الى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الاحكام من مناسبة ذلك ولا يبعد ان لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة وفلا ايضا اما الاصل غيظها فلا اثر له فانه يحصل بادخال الحرة ايضا وعلى هذا التقرير يندفع من الاصل ما يورد من ان الانضمام يصدق عليها اذا دخل الحرة ايضا على الامة فيلزم ان يفسد نكاح الامة بادخال الحرة عليها ويجاب بان الانضمام يقوم بالمتاخر لانه المنضم الى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع ادخال الامة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخي ان بنكاح الحرة يثبت لها حق الحرمة وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فاما مجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت الفضل ذلك هذا واما حالة المقارنة وهو ان يتزوج حرة وامة في عقدة فيجتمع في الامة محرم ومبيح فتحرم واعلم ان التعليل في الاصل انما هو للقياس ويستدعي اصلا لحق به منصوصا او مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة قوله فان تزوج امة على حرة الخ وكذا المدبرة وام الولد قيد بالبائن لان في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الامة اتفاقا وقولهما قول ابن ابي ليلى لان المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالاخت في عدة الاخت ولا لعدم ادخال حرمة عليها بل تزوج الامة على الحرة وهو منتف لا يقال تزوج عليها اذا تزوج وهي مبانة منه ولذا لو حلف لا يتزوج على امراته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث ولذا جاز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد او وطء شبهة ولابي حنيفة ان العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبار ما بعدها من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لان الشبهة في المحرمات كالحقيقة احتياطا اما جواز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل انما قولهما لا قوله ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه واما مسئلة اليمين فانما لا يحنث فيها لان المقصود من حلفه ان لا يتزوج عليها هو ان لا يدخل عليها شريكة في القسم ولان العرف لا يسمى متزوجا عليها بعد الابانة الا اذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة قوله من الاماء والحرائر اي جمعا وتفريقا الا ان في الجمع انما يجوز اذا قدم الحرائر قوله وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك اتفق عليه الائمة الاربعة وجمهور المسلمين اما الجواري فله ما شاء منهن وفي الفتاوى رجل له اربع نسوة والف جارية اراد ان يشتري جارية اخرى فلامه رجل يخاف عليه الكفر وقالوا

والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

اكثر من ان يتزوج كيلا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده ما جور او اجاز الروافض تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن ابي ليلى واجاز الخوارج ثماني عشرة وحكي عن بعض الناس اباحة اي عدد شاء بلا حصر وجه الاول انه بين العدد والمحلل مثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع وجه الثاني ان ذلك لان مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر وكان وجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى آخره تعداد لا قيد كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثا ويخص الاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم ان الاحلال هنا هو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء لم تسق الا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكرها هنا مستعقبا بالعدد وليس الا لبيان قصر الحل عليه او هي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر ولا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى ما لا يقف وكذا ثلث في ثلثة ثلثة ومثله رباع في اربعة اربعة فمؤدى التركيب على هذا ما طاب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد او على التفريق وثلثا ثلثا جمعا او تفريقا واربعا اربعا كذلك ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا وانتهى الحل الى الرابع مخير فيه بين الجمع والتفريق واما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لان اقل ما يتصور بالواحدة فحاصل الحال ان حل الواحدة كان معلوما وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وبه تم جواب المفرقين او نقول عرف حل الواحدة بقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ثم فان خاف عنده ليقتصر الحل على واحدة وانما لم يعطف باو فيقال او ثلث او رباع لانه لو ذكرها لكان الاحلال مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس مرادا بل المراد ان لهم ان يسلكوا هذه الاعداد ان شاؤا بطريق التثنية وان شاؤا بطريق التثليث وان شاؤا بطريق التربيع فانتفى بذلك صحة التسع والثماني عشرة ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخير منهن اربعا والمراد من قوله التنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد للعهد يعني التنصيص على هذا العدد فكان اللام للعهد الذكري او الحضوري وانما كان هذا العدد يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث الحق بها اليمين والنذر لوقوعه قيدا في الاحلال على ما قررناه وبه يندفع الاعتراض بانه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا والحاصل انه قد يمتنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلوة وقد لا كالسبعين مرة في قوله تعالى استغفر لهم الآية وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا او النقص فقط كاقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل الخارج تمتنع الزيادة هنا للتقييد والحل في كل موضع يطالب بالسبب

قوله والحجة عليه ما تلوناه وهو عموم ما طاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور وقوله اذ الامة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة لا تنافي الامة مع ان المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد الاستدلال بجواز تزوج الاماء اكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك وعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغي ان لا يذكر المنكوحة اصلا واجيب بالعناية بان يراد المنكوحة بالقوة اي التي يريد ان ينكحها فيتناولها الخ قوله لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لان السبي لا يوقع الفرقة بين السبي وزوجته فعلم انه لا يملك الا من حيث هو اهل و بدليل انه يملك اصل النكاح بالاذن فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه وجواب الاول ان السبي احد اسباب الملك لرقبته فهو المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة وجواب الثاني ان ملك اصل الشيء لا يمنع التنصيف اذا تحقق ما يوجبه الا ترى انه تملك طلب اصل الوطء من زوجها ويتنصف قسمها قوله ولنا ان الرق منصف توضيح مراده ان الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى ان للمرأة المطالبة بالاستمتاع وقد نصف الرق

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف ره ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل

للمراة ما لها من ذلك الحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وامة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلها نصف رقها مالها وجب ان ينصف رقة ماله وللحر تزوج اربع وللعبد ثنتان بقي ان يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الاية وهو قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار **قوله** فان تزوج حبلى من زنى من غيره جاز النكاح خلافا لابي يوسف قول الشافعي ره كقولنا وقول الاخرين وزفر كقول ابي يوسف ما لو كان الحبل من زنى منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنى منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطيها عند الكل الا ما في الملاقية عندهما ولا يطاها هل يستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول اوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عذرها سماوي وهذا يضاف الى فعلها الزنى وعن محمد كقول ابي يوسف وكما لا يباح وطيها لا يباح دواعيه وقيل لا باس بوطيها ونقل عن الشافعي كانه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطيها في الحال مع احتمال العلوق فعلم ان العلوق من الزنى لا يمنع الوطي والاول مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لان الفرق بين المحقق والموهوم في اشتغال الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن **قوله** ان الامتناع في الاصل يعني ثابت النسب حاصله قياس الحامل من الزنى على الحامل ثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليها بجامع علة الاصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله وهذا كذلك بدليل انه لا يجوز اسقاطه وانه لا جناية منه فيمنع الملك واستدل المصنف لهما بعموم واحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم انه يرد من قبل ابي يوسف ان هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا نسلم ان علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يريد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وقد يراد ايضا فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطي بحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض بما يحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطي ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه او في الحال فقط منعنا اقتضاه البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا ان ابا يوسف ره يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بانه لو كان لمنع لجاز بلا عدة فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المومنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع مغالطة تخيل ان حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته ان الشارع اثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا ان هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ره واما على ظاهر المذهب خلافا فالمطرد ما ذكرنا وعلى ما هو رواية الحسن النسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء ثم اعلم ان في سنن ابي داود عن رجل من الانصار يقال له بصرة بن اكثم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امراة على انها بكر في سترها فدخلت عليها فاذا هي حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبد لك وفرق بيننا وقال اذا وضعت فحدوها وهي ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنى لقوله وفرق بيننا الا ان يحمل على التفريق الابدان فقط بان منعه من الخلوة بها الى ان تلد مع ان فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا ان يحمل على ارادة انه

لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع
بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل **قال** ومن
وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة
الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

يعني بذلك وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو اولى لاستبعاد ارادة جعل الولد عبداً يبيعه الزوج بالنسبة الى مقابله لقلة نظيره
في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لا في العقد وهذا لان الظاهر انه انما يكون بحيث يحذر من غير ملك فيه اذا كان مع امه عنده
وهذا كله اذا ثبت هذا الحديث **قوله** فالنكاح باطل وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع **قوله** لانها فراش لمولاها الثبوت هذا الفراش
وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا اتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء **قوله**
الا انه غير متأكد الخ جواب عما قد يقال لو كانت فراشاً لم تجز تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل فاجاب بان فراشها غير متأكد ويتأكد بانضمام الحبل
بها منه فان الحبل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتهض سبباً للمنع للجمع بخلاف حالة عدمه واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب
ولدها بالنفي من غير لعان فظهر ان المانع ليس مطلق الفراش بل المتأكد منه اما بنفسه وهو فراش المنكوحة او بالحبل قالوا الفراش ثلثة قوي وهي المنكوحة
فلا ينتفي ولدها الا باللعان، ومتوسط وهو فراش ام الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه
الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها امومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية تصريحه ان الامة ليست بفراش اصلا على ما ذكره
في المسئلة التي تلي هذه وعلله بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة فيلزم اما انحصاره في الفراش القوي
والضعيف واما اعتبار الفراش الثلثة في ام الولد والمنكوحة فام الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط النوع من التأكد
فيمتنع وحكم انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الاوجه واورد اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي ان لا يجوز النكاح
ويكون نفيا دلالة فان السبب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الامة جاءت باولاد ثلثة فادعى المولى الاكبر منهم حيث يثبت نسبه وينتفي
نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم اجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك اذ صورة المسئلة ان الحمل منه
حيث قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج ام ولده وهي حامل قبل ان يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي ان يجوز نكاحها
ويكون نفيا **قوله** ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها هذا التعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن
نفيها بعينها فلا يقتضي ان وجود الفراش مطلقا يمنع والا لمنع في ام الولد الحائل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه او بالتأكيد
لا مطلق الفراش ثم بين نفي الفراش يعني حده بقوله لانها جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة **قوله** الا ان عليه ان يستبرئها اي بطريق الاستحباب
لا الحتم وليس استبراء المولى مذكوراً في الجامع الصغير بل في كلام المص وصرح الولوالجي بالاستحباب **قوله** واذا جاز يعني جاز النكاح بدون استبراء من
المولى فان خلاف محمد رح في استبراء الزوج انما هو فيه ولذا قال الفقيه ابو الليث رح في قول محمد لا احب له اي للزوج ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمال
الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل ان يستبرئها فلو استبرأها قبل ان يزوجها جاز وطئ الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد روي ووفق
بعض المشايخ بان محمدا رح نفى الاستحباب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهم على الاستحباب ولا نزاع فان لفظه في الجامع
محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جارية ثم زوجها فان للزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها وقال محمد احب ان لا يطأها حتى يستبرئها
انتهى وليس فيه استبراء المولى اصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قيل قوله تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصحح قول
المص لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلافه ثم القياس المذكور لمحمد انما يقتضاه وجوب الاستبراء فان اصل قياسه الشراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه

ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه
يجوز مع الشغل وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال
محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

الاستبراء بل كان المصنف اخذ من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب غاية الامر ان قوله احب ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب ان مراده
الوجوب فاعتباره اولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى بعد من اطلاق احب ان يفعل كذا في واجب وكثيرا ما يطلق المتقدمون اكره كذا في التحريم وكراهة
التحريم واجب مقابلة فجاز ان يطلق في مقابلة وهو الوجوب ثم لو اورد على محمد ره ان التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم
لتوهم النجاسة كان له ان يبحث بان ذلك في غير الفروج اما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلقا بالوجوب منه نفس محل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء
في التحقيق على المشتري ليس الا توهم الشغل بماء الحلال اعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان
الاستدلال من عند المصنف فهو المواخذ بعدم المطابقة **قوله** ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ اورد عليه انه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل
من الزنى ومجموع ما ذكر فيه ثلثة اجوبة جواب صاحب النهاية بانه طرد لا نقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضي وهو قوله تعالى واحل لكم
ما وراء ذلكم الا ان الوطي هناك حرام لوجود الشغل حقيقة كيلا يسقي ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطي للحمل اما هنا لا حمل حقيقة
فلو كان انما كان حكما وشرعا فكان جواز النكاح شرعا امارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا انه
امارة الفراغ عن حمل ثابت النسب ونقول هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تاملت وهو الاولى
اعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل
اعتباره امارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة اما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا واختار
الفقيه ابو الليث قول محمد ره لانه احوط هذا وعند زفر ره لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيض بناء على اصله هو وجوب العدة للتزوج بعدم
وطي ولو زنا **قوله** وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له وطيها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد ره لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها وعند زفر ره لا يصح
العقد عليها ما لم تحض ثلث حيض لما قلنا عنه وقيل يكفي حيضة **قوله** والمعنى اي في حل وطي الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند
محمد ره بعده ما ذكرنا الحاصل ان لصحة امارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطي يوجب توهم الشغل فتستبرأ
كالمشتراة **قوله** ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامراة خالية من الموانع اتمتع بك كذا عشرة ايام مثلا او يقول اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة
ايام او لم يذكر اياما بكذا من المال قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت ان يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة اتمتع او استمتع
انتهى يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي الموقت الشهود وتعيينها ولا شك انه لا دليل
لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي اباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بان المتحقق ليس الا انه اذن لهم
في المتعة وليس معنى هذا ان من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه ان يخاطبها بلفظ اتمتع ونحوه لما عرف من ان اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا
قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا اتمتع بك بل اوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه المشهور ان يوجد عقدا على امراة لا يراد به مقاصد عقد
النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها او غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك الى ان انصرف عنك فلا عقد
والحاصل ان معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت ايضا فيكون النكاح الموقت من افراد المتعة
وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التي تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد من

وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رض وابن عباس رض صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام

باشرها من الصحابة بلفظ تمتعت بك ونحوه والله اعلم **قوله** وقال مالك هو جائز نسبته الى مالك غلط وقوله لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر النسخ هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رض قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم هذه عبارة المصنف وليست الباء سببية فيها فان المختار ان الاجماع لا يكون ناسخا اللهم الا ان يقدر محذوف اي بسبب العلم باجماعهم اي لما عرف اجماعهم على المنع علم انه نسخ بدليل النسخ او هي للمصاحبة اي لما ثبت اجماعهم على المنع علم معه النسخ واما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر والتوفيق انها مرتين قيل ثلاثة اشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلوة وقيل لا يحتاج الى الناسخ لانه صلى الله عليه وسلم انما كان اباحها ثلاثة ايام فبانقضائها تنتهي الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم انه احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وهذا لا يفيد ان الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلثة ايام ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما اخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهني قال اذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت انا ورجل الى امرأة من بني عامر كانها بكرة عيطاء فعرضنا انفسنا عليها فقالت ما تعطيني فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي وكان رداء صاحبي اجود من ردائي وكنت اشب منه فاذا نظرت الى رداء صاحبي اعجبها واذا نظرت الى اعجبتها ثم قالت انت ورداؤك يكفيني فمكثت معها ثلاثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شيء من هذه النساء فليخل سبيلها فهذا مثله من حيث انه انما يدل على ان الاباحة اقامت ثلثا لا انها تعلقت مقيدة بالثلث فلابد من الناسخ وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت اذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيمة والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة واما ظاهر الالفاظ التي تعطي الاجماع فما اخرجه الحازمي بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا وهن يطفن في رحالنا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا بهن قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله واثنى عليه ثم نهى عن المتعة فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود اليها ابدا وابن عباس رض صح رجوعه بعد ما اشتهرت عنه من اباحتها ثم ذكر من رجوعه ان عليا رض قال له انك رجل تائه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وفي صحيح مسلم ان عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ويدل على انه لم يرجع حين قال له علي ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير ان عبد الله بن الزبير رض قام بمكة فقال ان ناسا اعمى الله قلوبهم كما اعمى ابصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال انك لجلف جاف فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابن الزبير فجرب بنفسك والله ان فعلتها لارجمنك باحجارك الحديث ورواه النسائي ايضا ولا تردد في ان ابن عباس هو الرجل المعرض وكان رضي الله عنه قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير رض كما اعمى ابصارهم وهذا انما كان في حال خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي رض فقد ثبت انه مستمر القول على جوازها لم يرجع الى قول علي رض فالاولى ان يحكم بانه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه وقد ظهر ان لا متمسك له به وكان الاولى ان يجيب المصنف وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات لانها عصبته في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لها الا ان اقارب الاب مقدمون **فرع** واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات الى هنا قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج

وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه حتى إذا نزلت الآية إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام انتهى. فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الأمر إنما كان على هذا الوجه فرجع إليه وحكاه وقد حكي عنه أنه إنما أباحها حالة الاضطرار والعنت في الأسفار وأسند الحازمي من طريق الخطابي إلى المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال وما قالوا قلت قالوا قد قلت للشيخ لما طال مجلسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس هل لك في رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى يصدر الناس فقال سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر انتهى. ولهذا قال الحازمي إنه صلى الله عليه وسلم لم يكن أباحها لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم وإنما أباحها لهم في أوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع وكان تحريم تأبيد لا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة **قوله** وقال زفر هو جائز يعني النكاح الموقت وهو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط أما لو تزوج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها فلا بأس وتزويج النهاريات وهو تزوجها على أن يكون عندها نهارًا دون الليل **قوله** ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولذا لو قال جعلتك وكيلًا بعد موتي انعقد وصية أو جعلتك وصيًا في حياتي انعقد وكالة ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضًا أو لرب المال كان بضاعة ولا يخفى أن على ما حققناه يكون الموقت من نفس النكاح المتعة فلا يحتاج إلى تعيين إيراد الناسخ في دفع قول زفر هذا ومقتضى النظر أن يترجح قوله لأن غاية الأمر أن يكون الموقت متعة وهو منسوخ لكن المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى وأنا لا أقول به كذلك وإنما أقول ينعقد مؤبدًا ويلغو شرط التوقيت هو إثر النسخ وأقرب نظير إلى هذا نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجلان كل موليته الآخر على أن يكون بضع كل موليته مهر موليته في المولية الأخرى النهي عنه وقلنا إذا عقد كذلك صح موجبًا لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لأنا لم نقل كذلك موجبًا للبضعين مهرين بل على إلغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي فنقول زفر مثل هذا سواء وأما قياسه على ما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر فيمكنه ترك أن صح عنه إلى أصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد إذا كان غير صحيح من حيث إنه إنما عقد مؤبدًا ولذا إذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر إلى أن يطلقها فإن قلت فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد ولا وإذا لم ينعقد بل يكون من أفراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح وإن قصد به النكاح وحضره الشهود وليس من نكاح المتعة لأنه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد وإنما كان كذلك لأنه لا يصلح مجازًا عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لا يفيد ملك المتعة كالإحلال قال فإن من أحل لغيره طعامًا أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وإنما يتلفه على ملك المبيح فكذلك إذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك انتهى يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في أول كتاب النكاح والله سبحانه أعلم **قوله** ولا فرق بين ما إذا طالت المدة أو قصرت نفي لرواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنهما إذا سميا مدة لا يعيشان إليها صح لتأبيده معنى قلنا ليس هذا تأبيدًا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لأنه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قلناه هذا وإذا انساق الكلام إلى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل تبطل هو فناسب أن يقترن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح فإذا تزوج على أنه بالخيار فهي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لأن الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه أبدًا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص فلذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه الحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد أسلفنا تخريجه فشرط الخيار أولى أن لا يمنع

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل

واذا لم ينفسخ ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطاً فاسداً فيبطل واما خيار الرؤية فحقيقته لا يتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع بل اذا اشترى ما لم يره يثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية اجماعاً فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ اذا راها كان شرطاً فاسداً فيبطل واما خيار العيب فلا يثبت لاحدهما في الاخر اذا وجده معيباً ببرص او رتق او قرن او عفل او جنون او مرض فالج او غيره اياً كان عند ابي حنيفة وابي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما ياتي في بابه خلافاً للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد في الثلاثة الاخيرة اذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لنا ما عنه صلى الله عليه وسلم انه للتي تزوجها فوجد بكشحها بياضاً الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يبعد عده من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف انه لا فسخ عن عيب ومحجتنا ايضاً قول ابن مسعود رضي الله عنه لا ترد الحرة عن عيب وعن علي رضي الله عنه قال اذا وجد بامراته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء امسك والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن عمر انه اثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فان ذلك ثابت لا يحتاج الى نقل اثبات عمر اياه وقول محمد ارجح فيما يظهر فان ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما افادته هذه الدلائل انما هو في تخلص الرجل فاما المراة فلا تقدر عليه وهي محتاجة الى التخلص ومامورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد والكلام في المسئلة طويل الذيل في المبسوط وغيره ومحل اطلاله انسا لبعدها او ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة وكذا لو شرط احد الزوجين على الاخر السلامة من تلك العيوب او من العمى والشلل والزمانة او شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار في الفسخ ومن هذا وكثيراً ما يقع لو تزوجها بشرط انها بكر فاذا هي ثيب لا خيار له بل ان شاء طلق ويثبت احكام الطلاق قبل الدخول او بعده **قوله** ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة احداهما لا تحل له لرضاع او قرابة محرمة صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **قوله** ثم جميع المسمى للتي تحل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما كان يكون المسمى الفاً ومهر مثل المحرمة الفان والمحللة الف فيلزم ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الاصل ان لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ والالف كلها للمحللة قال في المبسوط وهذا صحيح على قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الزيادات فهو قولهما ان لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف ولو كان صح نكاحهما انقسمت الالف على مهر مثلهما اتفاقاً **قوله** وهي مسئلة الاصل مثل هذا اللفظ يقصد به الاحالة على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه وحاصل المذكور لهما فيه ان المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكلما قوبل لشيئين لم يسلما فاللازم حصة السالم بيان تقرر الكبرى شرعاً ما لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما حر او خاطب امراتين بالنكاح بالف فاجابت احدهما دون الاخرى بل ما نحن فيه اولى فان المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد لو وطيها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل وامنع كلية الكبرى بل المضموم الى المحللة اما محل او لا ففي الاول ينقسم وفي الثاني لا كما لو ضم جداراً او حماراً فان الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك فان حكم النكاح الحل والمحرمة ليست محله فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الحد عنده في وطي المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد وسنبين وجهه ان شاء الله تعالى في كتاب الحدود لا من حكم الانعقاد والانقسام من حكم الانعقاد والانقسام في المخاطبين للاستواء في الايجاب للمحلية فانهما لو اجابتا صح نكاحهما

ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اولاً وفي قوله الآخر وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رح لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح نُفِّذ قطعاً للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحماً فلا امكان والله اعلم

سماً والقسم عليهما وهذا وقد ادعى ان ما في الزيادات من انه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا تتجاوز حصتها من الالف قول ابي حنيفة رح فاستشكل بانه فرع دخولها في العقد ودفع بانه قولهما لا قوله في الاصح وقوله يجب مهر مثلها بالغاً ما بلغ وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة لوجود التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد فاما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد فالتي لا تحل هي المختصة بكل الالف لها وقد يورد ايضاً على قوله ان لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ ان عدم الدخول في العقد يقتضي اجنبيتها عنه فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ويجاب بان وجوبه بالعذر الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد ويورد على قولهما ايضاً كيف وجب لها حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد ولا يجتمع الحد والمهر ولا مخلص الا بتخصيصها الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد قوله ومن ادعت عليه امرأة لقب المسئلة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند ابي حنيفة رح ظاهراً وباطناً اذا كان مما يمكن القاضي انشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة او هي ادعت النكاح او الطلاق الثلاث كذباً وبرهنا وقضى بالنكاح او الطلاق نفذ ظاهراً فيطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطء والنفقة وباطناً فيحل له وطؤها وان علم حقيقة الحال لها تمكينه وقولنا اذا كان مما يمكن للقاضي انشاؤه يخرج ما اذا كانت معتدة الغير او مطلقة ثلثاً فادعى انه تزوجها بعد زوج ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على انشاء العقد فيه اما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطناً روايتان اذا ادعيا كذباً وجه المانعة ان القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول ابي حنيفة هو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطناً فلا يسعه ان يطأها اذا ادعى كذباً واذا كان مدعى عليه يطلبها وهو قول الشافعي رح وكما لا تحل للثاني لا تحل للاول فيما اذا ادعت الطلاق الثلث كذباً فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند ابي حنيفة رح تحل للثاني لا للاول لان القاضي يملك التطليق على الغير احياناً بخلاف المعتدة واختيها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بان ادعى احد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذباً وبرهن وقضى القاضي بفسخ البيع وحل للبائع وطؤها ان كانت امة وكذا لو ادعى بيع الامة منه ولم يكن باعه فقضى بها للمدعي المشتري حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه قولهما ما في الكتاب ظاهر وايضاً القضاء اما امضاء لعقد سابق او انشاء لا يصح الاول لعدم سابق ولا الثاني لانه لا ايجاب وقبول ولا شهود ولابي حنيفة ان القاضي مأمور بما في وسعه وما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد ان القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطناً اذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطناً اذا كان مخالفاً للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح ينفذ فافاد اختيار شق ترديدهما وهو انه انشاء والمعنى انه يثبت انشاء اقتضاء للعقد متقدماً عليه وافاد بذلك جواب ما ابطلا به هذا الشق من عدم الايجاب والقبول والشهود فان ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنياً ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا كانت قصدية على ان كثيراً من المشايخ شرطوا حضور الشهود عند القضاء للنفاذ باطناً ولم يشترطه بعضهم وهو اوجه ولو انهما ابطلا هذا الشق بعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك ولما كان المقتضي ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء الى تقديم الانشاء الا اذا افتقرت صحته الى نفاذه باطناً وليس مفتقراً اليه لثبوت صحته مع انتفائه في الاملاك المرسلة حيث يصح ظاهراً لا باطناً افاد قوله قطعاً للمنازعة يعني ان المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا ينقطع فيما نحن فيه الا بتنفيذه باطناً اذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطء او طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الانشاء فكان القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقول هو حر في جواب اعتق عبدك عني بالف حيث يتضمن البيع وذكر الشيخ اكمل الدين

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا

ان بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر فقال يمكن قطع المنازعة بان يطلقها فقال فاجبته ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع او غيره لا معتبر بغيره والمشروع يستلزم المطلوب اذ لا يتحقق الا في نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين ليس بجواب صحيح اذ له ان يريد بالطلاق غير المشروع وكونه لا عبرة به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر اذ قد ثبت بذلك ان قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ به باطنا ليجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو ان يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطنا لانه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر انه لم ينحصر والحق ان قطع المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ باطنا فيما اذا كان هو المدعي لانها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما اذا كانت هي المدعية لما ذكر فغيبه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ باطنا في العقود والفسوخ والذي روي عن محمد علي رضي الله عنه ان رجلا اقام بينة على امراة انها زوجته بين يدي علي رضي الله عنه فقضى على ذلك فقالت المراة ان لم يكن لي منه بد يا امير المؤمنين فزوجني اياه فقال شاهداك زوجاك يخص ما اذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ باطنا فانه لم ينعقد باطنا لا يجبها لما طلبت للحقيقة التي عندها والاوجه ان يراد بالمنازعة في قولها قطعا للمنازعة اللجاج المؤدي الى الضرر اعم من كونه عند القاضي او لا فتناول ما اذا الح الاول في طلبها باطنا بان يقصد جماعها كرها او باسترضائها وذلك لعلها بحقيقة الحال من الحل الباطل وفي هذا بعد لكونه منشأ مفسدة التفاتح السفك لكونه عرضت له بالطلاق الزوج فيجب عليه مع اجتماع زوجين على امراة احدهما سرا والاخر جهرا وكل من الامرين ممنوع عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على الوجه الذي ذكرناه من اللجاج الا بالحكم باطنا وثبوت الحرمة في نفس الامر بفسخ القاضي فعم القصور ثم على المبتدي بالدعوى الباطلة واثباتها بالطريق الباطل اثم ياسر ما ثم غيران الوطء بعد ذلك حل وقول ابي حنيفة اوجه وقد استدل على اصل المسئلة بدلالة الاجماع على ان من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضي به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع انه يمكنه التخلص بالعتق وان كان فيه اتلاف ماله فانه ابتلي بامرين فعليه ان يختار اهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه **قوله بخلاف الاملاك المرسلة** اي المطلقة عن تعيين سبب الملك بان ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سببا فان القضاء به قضاء باليد ليس غير لتزاحم الاسباب اي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون بعض اذ لم تقم حجة بخصوصه بخلاف ما عين السبب فيه وقامت الشهادة على تعيينه والله اعلم

باب الاولياء والاكفاء ولي الشرائط المتفق عليها الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي والولي العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة والولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت او ثيبا وولاية اجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت او ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت الولاية باسباب اربعة بالقرابة والملك والولاء والامامة وافتتح الباب بالولاية العاقلة المندوبة تقصيا لوجوبها لانه مهم لاشتهار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الاصحاب فيه واختلافها وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات روايتان عن ابي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا الا انه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ورواية الحسن عنه ان عقدت مع كفؤ جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى لما ذكر من ان كم من واقع لا يحيل المرافعة والخصومة ولكن كل قاض يعدل لو احسن الولي وعدل القاضي فقد يترك انفة للتردد على ابواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له وينبغي تقييد عدم الصحة المفتى به بما اذا كان لها اولياء احياء لان عدم الصحة انما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فانه قد يتقرر لما ذكرنا اما ما يرجع الى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفؤ على ما سياتي ان شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن ابي يوسف ثلاث روايات لا يجوز مطلقا اذا كان لها ولي ثم رجع الى الجواز من الكفؤ لا من غيره ثم رجع الى الجواز مطلقا من الكفؤ وغيره وروايتان عن محمد رحمه الله انعقاده موقوفا على اجازة الولي ان اجازه نفذ والا بطل الا اذا كان كفؤا وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت اليه ورواية رجوعه الى ظاهر

لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار

الرواية فتحصل ان الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفو وغيره هذا على الوجه الذي ذكرناه عن ابي يوسف من ترتيب الروايات عنده ما ذكره السرخسي رحمه الله واما على ما ذكر الطحاوي رحمه الله من ان قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي وكذا الكرخي رحمه الله في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز الا بولي وهو قوله الاخير فلا ورجح بعضهم قول الشيخين لانهما اقدم واعرف بمذهب اصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي رحمه الله والتعويل عليه حيث قال عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف الى اخره وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلثا نفسها بغير كفو ودخل بها لا تحل للاول قالوا ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة فان المحلل في الغالب يكون غير كفو واما لو باشر الولي عقد المحلل فانها تحل للاول اذا اجاز من غير الكفو على ظاهر المذهب فلولي ان يفرق بينهما على ما ذكر في فصل الكفاءة انشاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء اصلا اصيلة كانت او وكيلة قوله لان النكاح شروع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك رحمهما الله وهو ان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض اليهن مخل بهذه المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيختزن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب حالهن فصارت الانوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الانوثة فلا شك انه قاصر عن عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولي لنفسها او لغيرها او لرجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ونحن نمنع علية الانوثة ونهيها عن المباشرة كيلا تنسب الى الوقاحة بل العلة الا الصغر على ما سنبين والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالانوثة اذ ليست مظنة لها ولا غالبا كما هو شان المظنة ومجرد الوقوع احيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فانتفت المظنة وبقي انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشعر ان يورد عليه منع انه خالص حقها والا لم يطالب الولي به فاجاب انما يطالب به كيلا تنسب الى الوقاحة وهذا الكلام الذي هو غير مفيد الا الوساوس وهو منتف فان لهم ادلة اخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهي للاولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الانكاح وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها قال صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذي وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة واحاديث اخر في ذلك والجواب اما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعوهن ان ينكحن اذا اريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم في اول الآية واذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن اي لا تمنعوهن حبسا بعد انقضاء العدة ان يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل واما الحديث المذكور وما بيناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا في كتاب الامثال لابي عبيد في امثال اكثم بن صيفي كل ذات بعل ستئيم يضرب لتحول الزمن باهله وانشد قول الاول

افاطم اني هالك فتبيني ولا تجزعي كل النساء تئيم وجه الاستدلال انه اثبت لكل منها ومن الولي حقا في ضمن قوله احق ومعلوم انه ليس للولي سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها احق منه به وبعد هذا اما ان يجري بين هذا الحديث وما رووا حكم المعارضة والترجيح او طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته بخلاف الحديثين فانهما اما ضعيفان

الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا ينسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لانه كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما

وحديث لا نكاح الا بولي مضطرب في اسناده في وصله وانقطاعه وارساله قال الترمذي هذا حديث فيه اختلاف وسمى جماعة منهم اسرائيل وشريك رووه عن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى الاشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه اسباط بن محمد وزيد بن حباب عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى ورواه ابو عبيدة الحداد عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة ولم يذكر فيه عن ابي اسحق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه وقد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا اضطراب في ارساله لان ابا بردة لم يره صلى الله عليه وسلم وشعبة وسفيان اضبط من كل من تقدم قال واسنده بعض اصحاب سفيان عن شعبة ولا يصح ثم اسند الى شعبة قال سمعت سفيان الثوري يسال ابا اسحق سمعت ابا بردة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي قال نعم ولا يخفى ان هذا الكلام الزامي اما على راينا فلا يضر الارسال وحديث عائشة رض عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رض وقد انكره الزهري قال الطحاوي ذكر ابن جريج انه سال عنه ابن شهاب فلم يعرفه حدثنا بذلك ابن ابي عمران ثنا يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك اه واحسان فبناء على ان الاصح في الاول وصله لان الوصل والرفع مقدمان على الوقف والارسال عند التعارض على الاصح وان كان شعبة وسفيان احفظ من غيرهما لكن حكاية شعبة تفيد انهما سمعاه من ابي اسحق في مجلس واحد وظاهر ان غيرهما سمعوه منه في مجالس وفي الثاني ان الثقة قد ينسى الحديث فلا يعد قادحا في صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته ولذلك نظاير اشهرها ما روي ان ربيعة ذكر لسهيل بن ابي صالح حديثا فانكره فقال له ربيعة انت حدثتني به عن ابيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني اللهم الا ان يقال هذا في عدم التكذيب اما اذا كذبه بان يقول ما رويت ذلك فنصوا في الاصول على رده وفي حكاية ابن جريج ايماء الى ذلك في رواية ابن عدي في الكامل اياها في ترجمة سليمن بن موسى حيث قال قال ابن جريج فلقيت الزهري فسالته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له ان سليمن بن موسى حدثنا به عنك قال فاثنى على سليمن خيرا وقال اخشى ان يكون وهم علي انتهى فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من اهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفي واما ما ضعفه به من ان عائشة رضي الله عنها راويته عملت بخلافه على ما في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة رض انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يفتات عليه في بناته فكلمت عائشة رض المنذر بن الزبير فقال ان ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت لارد امرا قضيته فاستقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فاول على معنى انها اذنت في التزويج ومهدت اسبابه فلما لم يبق الا العقد اشارت الى من يلي امرها عند غيبة ابيها ان يعقد يدل على ذلك ما روي عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه قال كانت عائشة رض تخطب اليها المراة من اهلها فتشهد فاذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض اهلها زوج فان المراة لا تلي عقد النكاح وفي لفظ فان النساء لا ينكحن اسنده البيهقي عنه وعلى كلا التقديرين فالتقديم للصحيح وهو ما رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا وهو ما استدللنا به وعلى الثاني وهو اعمال طريقة الجمع فبان يحمل عمومه على الخصوص وذلك شائع وهذا يخص حديث ابي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة وهو محمل قولها فان النساء لا ينكحن في رواية البيهقي بان يراد بالولي من يتوقف على اذنه اي لا نكاح الا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والامة والعبد ايضا لان النكاح في الحديث عام غير مقيد وعلى هذا التاويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفو والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفو او حكمه على قول من يصحح ويثبت للولي حق الخصومة

ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح

فى قسخه كل ذلك شائع فى اطلاق النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة مبنيا على انه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا نكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه اعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوى وهو انها تصرفت فى خالص حقها وهو نفسها وهى من اهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى **قوله ولا يجوز للولى اجبار البكر البالغة على النكاح** معنى الاجبار ان يباشر العقد فينفذ عليها شاءت او ابت ومبنى الخلاف ان علة ثبوت ولاية الاجبار اهو الصغر او البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعى البكارة فانبنى عليه هذه ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها ثم طلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله انه الحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة فى ثبوت ولاية اجبارها فى النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع ان الجهل بامر النكاح هو العلة فى الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة مع ان الجهل منتف لانه مهما تجهل بالنة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا سقط ما يمكن ان يقال لكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجدت على المختار بل تعليق الحكم فى الاصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن اهلية ان يرجع اليه فى رأي او يلتفت اليه فى امر كهى هذا الذى ظهر اثره فى التصرفات من البيع والشراء والاجارة والاقتصار وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على ان الخلاف فى الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الفريقين هناك ان ذلك لم يتحقق فى الشرع بعد ثم لا يخفى ان الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا يعتبر اصلا بل المظنة والكلام فيها هى البكارة او الصغر فعلنا الصغر اما البكارة فمعلوم الالغاء وتم من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرع اما الصريح ففى سنن ابى داؤد والنسائى وابن ماجة ومسند الامام احمد من حديث ابن عباس رضى الله عنهما ان جارية بكرا اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين ثنا جرير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس وحسين هو ابن محمد المروزى احد المخرج لهم فى الصحيحين وقول البيهقى انه مرسل لرواية ابى داؤد ونقل ابن ابى حاتم عن ابيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه وابن علية عن ايوب عن عكرمة من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن ايوب عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبته الوهم فى الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غيره مردود اما اولا فلانه الحجة المرسل الصحيح واما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمن بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادى قال فبرئت عهدته يعنى حسينا وزالت تبعته ثم اسنده عنه قال ورواه ايوب عن سويد هكذا عن الثورى عن ايوب موصولا وكذا رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن ايوب فزال الريب وصار الحاصل ان عكرمة قال مرة ان جارية بكرا اتت النبى صلى الله عليه وسلم فارسل وذكره مرة اومرارا بواسطته بينه وبين النبى صلى الله عليه وسلم ولا بدع فى ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خذام التى زوجها ابوها وهى ثيب فكرهته فرد النبى صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب اتفق على انه روى ان خنساء ايضا كانت بكرا اخرج النسائى فى سننه حديثها وفيه انها كانت بكرا ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت انكحنى ابى وانا كارهة وانا بكر فشكوت ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخارى تترجح قال ابن القطان والدليل على انهما ثنتان ما اخرجه الدارقطنى عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر انكحهما ابوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وتزوجت خنساء ابن عمها وهو ابو لبابة بن عبد المنذر صرح به فى سنن ابن ماجة فولدت له السائب بن ابى لبابة انتهى وهذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جوير الطبرى وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الدارمى فقد رواه عنه ايضا ابو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعانى

لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية الاجبار والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال

ووهم الدارقطني الرمادي نفسه عن الثوري وصوب ارساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال يتم به المقصود الذي سقناه له واخرج الدارقطني عن شعيب بن اسحق عن الاوزاعي عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير امرها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وهذا عن جابر ووهم شعيبا في رفعه قال والصحيح انه مرسل وبه يتم مقصودنا اما انه حجة واما لانا ذكرناه للاستشهاد والتقوية لاحاديث اخر رويت عن ابن عمر وعائشة وان تكلم فيها واما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستامر وابوها في نفسها باعتبار انه خص الثيب بانها احق فافاد ان البكر ليست احق بنفسها منه فاستفاده وذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من رده ولو سلم فنفس نظم الباقي الحديث يخالف المفهوم وهو قوله والبكر تستامر الى آخره اذ وجوب الاستيمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للاجبار لانه طلب الامر والاذن وفائدته الظاهرة ليست الا ليستعلم رضاها او عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستيذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم ولو عارضه والحاصل من اللفظ اثبات الاحقية للثيب بنفسها مطلقا ثم اثبت مثله للبكر حيث اثبت لها حق ان تستامر وغاية الامر انه نص على الاحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كانه قال الثيب احق بنفسها والبكر احق بنفسها ايضا غير انه افاد احقية البكر باخراجه في ضمن اثبات حق الاستيمار لها وسببه ان البكر لا تخطب الى نفسها عادة بل الى وليها بخلاف الثيب فلما كان الحال انها احق بنفسها وخطبتها تقع للولي صرح بايجاب استيمارها فلا يفتات عليها بتزويجها قبل ان يظهر رضاها بالخاطب ويعضد هذا المعنى الرواية الاخرى الثابتة في صحيح مسلم وابي داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستاذن في نفسها واذنها صماتها والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا على ما ذكرناه قريبا فانها صريحة في اثبات الاحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستيذان وذلك لما قلنا من السبب به تتفق الروايتان بخلاف ما مشوا عليه فانه اثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الايم لاعمال المفهوم مع ان باقي نص رواية الثيب ظاهرة في خلاف المفهوم على ما قررناه في صحيح الرد الذي صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر فلا يجوز العدول عما ذهبنا اليه في تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر بطريق الحمل والتخصيص ولا يرد فيه قاعدة لغوية ولا اصلية وفي سنن النسائي عن عائشة رضي الله عنها ان فتاة دخلت عليها فقالت ان ابي زوجني ابن اخيه ليرفع بي خسيسته وانا كارهة قالت اجلسي حتى ياتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فارسل الى ابيها فجعل الامر اليها فقالت يا رسول الله قد اجزت ما صنع ابي وانما اردت ان اعلم النساء ان ليس الى الاباء من الامر شيء وهذا يفيد بعمومه ان ليس له المباشرة حقا ثابتا بل الاستحباب فيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك ايضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل ابن ابي بريدة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فان سند النسائي ثنا زياد بن ايوب عن علي بن غراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجه ثنا هناد بن السري ثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن ابيه قال جاءت فتاة وحمله على ان ذلك لعدم الكفاءة خلاف الاصل مع ان العرب انما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها واما الدلالة فلا ولاية له ان يتصرف في اقل شيء من مال البكر البالغة الا باذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك ان يخرجها قسرا الى من هو ابغض الخلق اليها ويملكه قهرا ومعلوم ان ذهاب جميع مالها اهون عليها من ذلك وهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع واما الاقتضاء فجميع ما في السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستيذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا اذنها كما في حديث ابي هريرة رضي الله عنه لا تنكح البكر حتى تستاذن الحديث وسياقه لا يعقل لفائدة الا على وفقه لاستحالة ان يكون الغرض من الطلب انها ان تخالف فلو كان الاجبار ثابتا لزم ذلك وهو الاجبار لا الاستيذان عريا عن الفائدة بل لزمت الاحالة ولما لم يمكن الا الاقتضاء المصطلح قلنا بما تقدم انه نوع منه فظهر ان الحاصل ان ايجاب استيذانها صريح في نفي اجبارها والولاية

وانما يملك الاب قبض الصداق برضاءها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال فاذا استاذنها الولي فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا

عليها في ذلك واما تحقيق مقصود شرعية العقد فلان المقصود من شرعية انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب ان لا يجوز لانه عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهرا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يظهر بعد العقد والله سبحانه اعلم قوله وانما يملك الخ يعني ان العادة جرت بقبض الاباء اصدقة الابكار ليجهزوهن بها مع اموال انفسهم من غير معارضة البنات في ذلك لانهن يستحيين لاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الاذن منهن ثابتا دلالة نظرا الى ما ذكرنا فبرئ به الزوج بالدفع اليه الا ان يوجد نهيها صريحا لان الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها من غير قبض الاب صداقها انه لا يملك الا قبض المسمى حتى لو كانت بضياعا لا يملك قبض المسمى ولا العكس لانه استبدال ولا يملكه قال الحلواني مع هذا لا يعلمها ما وعن علمائنا انهم جوزوا ما جرت به العادة بالناس وفي الفتاوى الصغرى وان قبض الضياع يعني بدل المسمى لا يجوز الا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رساتيقنا يأخذون ببعض المهر ضياعا فحينئذ اذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لانه بيع وللاب ان يبيع مال ابنته الصغيرة وفي النوازل وان كان في بلد يتعارفون قبض الضياع باضعاف قيمتها جاز لانه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة وللاب ان يطالب بالمهر وان كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ووجوب المهر بحكم نفس العقد والجد عند عدم الاب كالاب لا يملك غيرهما قبض المهر ولا الام الا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام كذا ذكر في جوامع الفقه زاد وللقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت او كبيرة الا اذا عنست ولو طلب الاب مهرها اعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها يعني فلا تملك قبضه لانها خرجت بحكم الابكار وقال الاب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الاب لان الزوج يدعي حادثا بلا بينة فان قال الزوج حلفه انه لم يعلم اني دخلت بها قال الصدر يحتمل ان يحلف وهو جواب لان الاب لو اقر بذلك صح اقراره في حق نفسه حتى لم يكن له ان يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكانت تحليف مفيدا وذكر في ادب القاضي انه لا يحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب ولا بينة فجحد الاب فاقر انه قبضه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق والا فلا لان اقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة ولا يشكل عدم تصديقه حال الثيوبة بما اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعت الى ابيك وانت صغيرة وصدقه الاب لا يصح اقراره عليها اليوم ولها ان تأخذ المهر من الزوج وليس للزوج ان يرجع على الاب لانه اقر باستحقاقه القبض الا ان قال عند قبض المهر اخذته منك على ان ابرئك من صداق ابنتي فله ان يرجع عليه اذا انكرت قوله فاذا استاذنها فسكتت الخ ظاهر حكما ودليلا والمراد بالسكوت الاختياري فلو اخذها سعال او عطاس او اخذ فمها فخلصت فردت ارتدوا لا فرق بين العلم والجهل في التجنيس زوجها ابوها فسكتت وهي لا تعلم ان السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون اذنا في الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى على غيره واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختير للفتوى وعن ابي يوسف في البكاء انه رضى لانه لشدة الحياء وعن محمد رد لانه وضع لاظهار الكراهة والمعول اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فان تعارضت او اشكل احتيط وعن هذا اعتبر بعضهم من ان دموعها ان كانت حارة فهو رد او باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى وعديمه اذ الاحساس بكيفية الدمع لا يتهيأ الا لجذ الباكي ولو ذهب الانسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس مستقا ولا يطمئن القلب الى انه لذا وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل اعتبر السكوت فيها رضى منها هذه وضممت اليها ما تيسر وقد جمعتها في هذه الابيات تسهيلا لحفظها ❊ سكوت بكر في النكاح وفي ❊ قبض الابين صداقها اذن ❊ قبض الملك والمبيع ولو في فاسد وان اشترى ❊ ولد المبارك اذا كان سكوته مولى الاسير ❊ وهو يرى وهو الوليد لزوم نفقتي الرمن ❊

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه

وعقيب شق الزق او غنيه يعني به الاسكان اذ ظلموا ؛ وعقيب قول مواضع بمعنى ؛ او وضع مال زاله برنواه ؛ وبلوغ جارية وتزوجها ؛ غير الابن بذلك قد سنوا وكذا الشفيع ؛ وذو الجهالة في النسب بشراه من يصفن ؛ واذا يقول لغيره فسكت ؛ هذا متاعي بعه يا من ؛ واذا راى ملكا يباع عليه ؛ وتصرفوا زمنا فلم يدين ؛ قوله سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وما بعده اعني اذا زوجها فبلغها فسكتت قوله قبض الملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضا بمراى من المالك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا المبيع ولو في بيع فاسد اذا قبضه المشتري بمراى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له ان يسترده وله ان يطالب بالثمن وفي كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا في الفاسد واذا اشترى قن يعني اذا اشترى العبد شيئا بحضرة سيده فسكت كان اذنا وان لم يجز له كان نقض ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده والصبي اذا اشترى او باع بمراى من وليه فسكت كالعبد وذو الشرى اي المشتري عبدا اذا كان له الخيار فراى العبد يبيع ويشتري فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع ومولى الاسير اي العبد الذي اسر اذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه احق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له ان ياخذه وابو الوليد اذا سكت اذ لم ينفه حتى مضت ايام التهنئة على الخلاف في مقدارها ضمنا من الاسبوع او مدة النفاس لزمه فلا ينتفي بعد والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب تحليف على ان لا اسكن فلانا وفلان ساكن فسكت فان قال هعته لم يخرج فابى الحنث وعقيب قول مواضع اي رجل واضع غيره على ان يظهر بيع تلجئة ثم قال بدا لي جعله بيعا نافذا المسمع من الاخر فسكت كان نافذا وعقيب رجل وضع متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها فيضمن بتركه والشفيع اذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليما وذو الجهالة مجهول النسب اذا بيع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة واد العلماء وهو رجح في اعتبار سكوته رضا وقيل له قم مع سيدك فقام ؛ واذا يقول رجل لغيره بع متاعي فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة لا بيع فضولي وليس من فروع هذه ما في الجوامع لو استامر بنت عمه لنفسه هي بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا راى ملكا له منقولا او عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه وذكره في قنية الفتاوى وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعتبر اقاربه لا حق له فيه عندنا خلافا لابن ابي ليلى والتي هذه هي مسئلة المودعة والاشتهر تقييد عدم المصر وهذه المشهورة لا المصورة

قوله وان فعل هذا اي الاستئذان غير ولي بان كان غير الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كالاخ مع الاب لم يكن سكوتها ولا ضحكها رضى بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولي فاخرجه اخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قائم مقامه سكوتها عند استئذانه رضا وعن الكرخي يكتفي بسكوتها وان كان المستامر اجنبيا لان سكوتها حكمه عند استئمار الولي قلنا السكوت فيه لما ذكرنا وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا انه حجة وهي تتحقق باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره في محل الحاجة بخلاف غيرهم فلا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة واذا ما كان حاجة لانها لا تختلف فلم يكتف بالمحتمل وعلى هذا فسائل عنها بما يقتضي انه مع الاولياء ايضا محتمل على السواء وبيناه فيه قوله لان جنبة الرضا فيه راجحة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقوله ولو وقع كان محتملا ظاهر العبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان اراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان اراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا يتقيد بحال كون المستامر وليا فان قيل تشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذنها ان تسكت ونحوه من غير تقييد بكون المستامر وليا قلنا تقيد بالعرف والعادة وهي ان المستاذن للبكر البالغ الولي بل لا يخطر بالبال غيره **قوله** ويعتبر في الاستئمار اي يعتبر في كون السكوت رضا في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها اما باسمه

(ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح) لان النكاح صحيح بدونه (ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا) لان وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

كانه زوجك من فلان او فلان او فى ضمن العام لا كل عام نحو من جيرانى او بنى عمى وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض بخلاف من بنى تميم او من رجل لانه عدم تسميته يضعف الظن ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغى تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا او عرفته قبل ذلك ولو زوجها بحضرتها بغير كفو فسكتت لم يكن رضا فى قول محمد بن سلمة وهو قول ابى يوسف ومحمد قال الفقيه ابو الليث وهو يوافق قولهما فى الصغيرة **قوله** ولا يشترط تسمية المهر اى فى كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لان النكاح صحيح بدونه وصحح فى شرح الوافى ان المزوج ان كان الاب او الجد لا يشترط والا يشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تعود عليها فان سمى المهر اقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا انتهى والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشئ لان ذلك فى تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام فى الكبيرة التى وجبت مشاورتها والاب فى ذلك كالاجنبى لا يصدر عن شئ من امرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا ومقتضى النظر ان لا يصح بالتسمية المهر لها لجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكميّة خاصة فلم تعلم ثبوتها الا برضا وصحة العقد بلا تسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقضت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب ان لا يترك الا ما هو خير لها لا يقتضى رضاها بتركه لذلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام فى البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول ابى حنيفة انما هو فى الصغيرة اما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير ان سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية او تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا او لخوف الرد مع عدمه فلا يثبت الرضا به وفى غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبة الرضا لما كنى الا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم يسم لها الولى مهرا مع علمها بانه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها بالتفويض رضا بمهر المثل ويكل مهر لكن يدفع بان علمها بان سكوتها مع عدم التسمية يكون رضا محل النزاع فلا يلزم علمها وفى التجنيس فى باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان سماها بعينه فوضها ينفذ النكاح فان زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمراة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه به ايضا انتهى وهو فرع اشتراط التسمية فى السكوت يكون رضا وتجب كون الجواب فى المسئلة الاولى مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر **قوله** ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا من انها ان سكتت او ضحكت بلا استهزاء او بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص لما بعده والحاجة الى الاجازة بعد السكوت لا يكون اجازة لانه ليس فى معنى المنصوص فان السكوت عند الاستيمار ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت وعن ابى يوسف ان السكوت بعد العقد رد ذكره فى البدائع قال وهو قول محمد رحمه الله والاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فلما كان اذا قبله لدلالة على الرضا وجب ان يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا اثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على ان الحق انه ملزم فى كل منها غير انه فى تقدم العقد يثبت به اللزوم فى الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستاذن فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية ابى يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن ابى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فهذا صريح فى منع النكاح قبل الاستيذان خارج بطريق الاتفاق على انها لو صرحت بالرضا بعد العقد نفذ جاز النكاح مع انه متناول ظاهر النهى فعلم ان الاتفاق على ان المراد بالنهى ان المنع من تنفيذ العقد عليها وابرامه قبل رضاها وانما الخلاف فى ان الاجازة بعد العقد بماذا يكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهى المذكور بعد الاتفاق على ان المراد منه ما ذكرنا وعلى هذا فرعوا انه لو استاذنها فى غير معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت

وله نظائر وإذا استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولأبي حنيفة رحمه الله أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها

حيث لا تجوز لأن العقد يبطل بالرد فالرضا بعده ذلك العقد مفسوخ ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع هذا والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريد ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها **فروع** ولو زوجها وليان متساويان كل من واحد فسكتت فمن مجرده بطلا كما لو أجازتهما معا وهو القياس لأن سكوتها رضا وظاهر الجواب أنها يتوقفان حتى يجيز أحدهما بالقول أو بالفعل ونقله في البدائع عن محمد رحمه الله ففيه عنه روايتان ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها إن أقواما يخطبونك أنا راضية بما تفعل فزوجها من الأول لا ينفذ عليها إلا بالإجازة مستقبلا لأن تفويضها كان لما رغبت عنه فلان لكن إن أقواما آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن إلى ما يتم الأول وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل في كربة فلانة فطلقها فزوجني بامرأة ترضاها فزوجه المطلقة لا يصح وكذا إذا باع عبدا ثم وكل شخصا بعبد فاشترى له الأول لا يصح ولو زوجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح وقولها غيره أحب إلي قبل العقد رد وبعده إذن لأنه يحتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك كذا في الواقعات وقولها ذاك إليك إذن وقولها أنت أعلم ليس بإذن لأنه تعريض قولها أو تقاربه بالفارسية توبد إني ولو استأذنها فقالت لا يكون إذنا لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه وحقيقته توبد إني أنت بالمصلحة أخير وإذا بالأحسن على هذا اختيار الفقيه أبي الليث بخلاف قولها ذاك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل ولا يخفى أن مسألة غيره أحب مشكلة ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يتم بعد الصحة وهو بعد الإذن **قوله** وله نظائر كإخبار الوكيل بالعزل والمأذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه وإعتاقه اختيارا للفداء والشفيع ببيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الأحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب إن كان المخبر رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا أو عبدا لأنه قائم مقام المرسل فإخباره كإخباره وإن فضوليا فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد أو الواحد فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه إلا باثنين أو عدالة الواحد **قوله** وإذا استأذن الثيب أي الكبيرة أما الصغيرة فلا استئذان في حقها أصلا كالبكر الصغيرة فلا بد من رضاها بالقول صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولا تكون المشاورة إلا بالقول لأنه طلب الرأي ثم هي مفاعلة فيقتضي وجوده من الجانبين وفي كل من الحكم والدليل نظر أما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول سلمنا أن المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم أنه يتعين في إفادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة ونحو فكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه السابق لا تنكح الأيم حتى تستأمر والأمر بالقول لا بغيره ومثله ما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها وأجيب بأنه خرج عن حقيقته هنا بالقرينة قوله وإذنها صماتها ولم يوجد مثلها في الثيب فيجب حقيقته وأصرح من هذا قوله في حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها لكن يشكل عليه أن الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني بل إذا قالت نعم ورضيت وبارك الله لنا وأحسنت أو بالدلالة بطلب المهر والنفقة أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضى بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لأنه فوق القول **قوله** وإذا زالت بكارتها إلخ إذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهي أن تصير عانسا أي نصفا لم تتزوج أو خرق أسنانها أو عود أو حمل ثقيل تزوج كالأبكار اتفاقا وكذا إذا فارقها الزوج بجب أو عنة أو طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة وهذه مما يخالف حكم الخلوة والدخول وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنها لم يصبها مصيب ولهذا لو أوصى للأبكار بني فلان دخلت هذه ومن بالجارية تباع على أنها بكر حيث تزداد وجدت زائلة البكارة بوثبة ونحوها فلو كانت بكرا لم ترد

واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتّ وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت اصل والردّ عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضى المدة ونحن نقول انه يدعى لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى ردّ الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضى المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نوّر دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابى حنيفة رح وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وسيأتيك فى الدعوى ان شاء الله

والجواب ان البكر يقال على من لم يصبها مصيب ومنه الباكورة لاول الثمار والبكرة لاول النهار وعلى العذراء وهو اخص اذ هى من لم يصبها مصيب مع افراده قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفرد فى البيع المبنى على المشاحة فترد لفوات العذرة وهى تلك الجلدة وعلى الاعم الاوسع فى النكاح المبنى على التوسعة مع شدة التثبت حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الامر بخلاف البيع على انه قد قيل اذا اعترف المشترى بان زوالها بوثبة لا ترد لان العادة ارادة العذرة فى اشتراط البكارة فى البيع فيتقيد بها وايضا لو اوصى لابكار بنى فلان دخلت هذه وايضا الاستحياء قائم وانما علة مقصودة فيثبت الحكم فى مواضع وجودها بالنص وفيه نظر اذ الاستحياء حكمة لنص عليها الاينا ط الحكم عليها لعدم انضباطها ولذا لو فرض استحياء من زالت بكارتها بزنى اشد من استحياء التزوج كالبكر وهذا لان الحكمة وان كانت هى المقصودة من شرع الحكم لا يناط بها اذا كان فيها مراتب متفاوتة او خفاء فى تحققها فى بعض المحال لا يناط الا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات الى الحكمة وجدت او عدمت ولو اعتبر حياء البكر لانه هو المنضبط اتحد الحاصل اذ يستلزم قيام البكارة فى ثبوت الحكم وان زالت بزنى مشهور او بوطئ بشبهة او نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنى غير مشهور فهو محل الخلاف فعندهما والشافعى تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما انها ثيب حقيقة فان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة جزاء عمله يعود اليه والمثابة الموضع الذى يرجع اليه حتى تدخل فى الوصية للثيبات من بنات فلان وله انها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة ان يعلم زناها حياء من ظهوره وذلك اشد من حيائها بكرا من اظهار الرغبة فيثبت الجواز بلا نص سكوت البكر وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه وبه يندفع جواب ما اورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستأمر والثيب يعرب عنها لسانها من انه عام خص منه الثيب المجنونة والامة فتخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود فى المزنية ونفس المجيب صرح بعده فى مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بان الايم من لا زوج لها وان كانت بكرا لمبدأ قول محمد لو اوصى لايامى بنى فلان لا تدخل الابكار وصح دخولهن كقول الكرخى لذلك فالاولى ان الغرض ان الزنى غير مشهور ففى الزامها النطق اشاعة له فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة فى هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه وايضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضى البكر ظاهرا كما هو فى امثاله لا فى نفس الامر ولذا لم يوجب على الولى استكشاف حالها عن استيذانها انها الى الآن بكر ليكتفى بسكوتها ام لا بل اكتفى بالبناء على الاصل الذى لم يظهر خلافه والكلام هنا فى ثبوته بزنى لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكتفى بسكوتها قوله اذا قال الزوج بلغك النكاح الخ صورته ادعى على بكر بالغة ان وليها زوجها منه قبل استيذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر رح له لتمسكه بالاصل وهو عدم الكلام ونظير هذا الخلاف فيما اذا قال سيد العبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم ادخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده للعبد وهذه العبارة اولى من قوله فى المبسوط ان الخلاف فى مسئلة النكاح بناء على الخلاف فى مسئلة العبد اذ ليس كون احدهما نفسه مبنى الخلاف فى الآخر اولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالاصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من ان المشترى بالخيار اذا ادعى بعد مدة الخيار ردّ البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فان القول للبائع اتفاقا للتمسك بالاصل والشفيع اذا قال علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشترى بل سكت فالقول قول المشترى اما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والمزوجة صغيرة من الولى غير الاب والجد اذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغنى الخبر بعد البلوغ او حين بلغت وكذبها الزوج فان القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر او بحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار واذا كان كذلك فقد

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة وقال مالك رح يخالفنا في غير الاب والشافعي رح في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا يتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفوء في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفوء ووجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى

ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكره والظاهر الاستمرار على الى الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الاصل فكانت هي متمسكة بالاصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي رد الوديعة والمودع ينكر فان القول لمدعي الرد وان كان مدعيا صورة لتمسكه بالاصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهر الا بكونه اصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا في الاصل وقد لزم بمضي المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر وكذا المزوجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما انعقد عليها حال صغرها يقينا والزوج منكر ومثله الشفيع ثم ان اقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لانها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه او هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت ان زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس فاقاماها على عدم التكلم فيه تقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا في الجوامع وان اقاما بينتيهما اولى لاثبات الزيادة اعني الرد فانه زائد على السكوت ولو كان اقامها على انها رضيت او اجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا في الشروح وعزاه في النهاية للتمرتاشي وكذا هو في غير نسخة من الفقه لكن في الملامة نقلا عن ادب القاضي للخصاف في هذه المسئلة لو اقام الاب او الزوج البينة على الاجازة والمرأة على الرد فبينتها اولى ففصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ ولعل وجهه ان السكوت لما كان مما يتحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين في الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم اجز وبعد الدخول لم تصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة في القول اما انطهور دليل السخط دون الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزومه ايضا كذا في المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة بيب من عصمته من غير يمين تلزم به عند ابي حنيفة رح وعندهما عليها فان نكلت بقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء ونزيد عليها دعوى الامة انها سقطت مستبين الخلق فصارت ام ولد وجمعتها في هذين البيتين ؎ نكاح وفيء ايلاء ورق ؛ ورجع ولاء نسب ؛ ودعوى الاماء امومية ؛ فليس بها يمين وجب ؛ وسياتي في الدعوى صورها والفتوى على قولهما فيها وقيل يتامل القاضي في حال المدعي فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا بقولهما وفي الغاية معزيا الى فتاوي الخاص انه لو ادعى رجل على آخر انه زوجه بنته الصغيرة فانكر يحلف عند ابي حنيفة وفي الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيهما واستشكل على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان امرأة لو اقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فانكرت فالاشبه ان يكون هذا قولهما **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي لقوله تعالى واللائي لم يحضن فاثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وابي بكر الاصم منه وتزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست نص قريب من المتواتر وتزويج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة رض **قوله** والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة فعنده لا ولي عليها احد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرناها وجه قول مالك رح ان الولاية على الحرة انما ثبتت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا ان ولاية الاب تثبت نصا بخلاف القياس لان اثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست والجد ليس في معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ولذا يتقدم وصي الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا يتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفوء في كل زمان فاثبات ولاية الاب بالنص بعلة احراز الكفوء اذا ظفر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد وجه

ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تتقيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب او الجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأى وافر الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد

قول الشافعي مع ان التفويض الى غيرهما مخل بها القصور شفقة البعد قرابة ودلالة الاجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الاجماع على عدم ولايته في المال الابوية وهو ادنى من النفس فسلبها في النفس اولى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة الصغيرة التي لا اب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفي الحديث ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمن بن مظعون من ابن عمر رضي فردها صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستأمر وتأثير هذا الوصف ان فيه زوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس اولى ان لا تثبت ولنا قوله تعالى فان خفتم الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن وهذا فرع جواز نكاحها عدم الخوف لا يقال ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فعند عدمه يثبت الجواز بالاصل لا مضافا الى الشرط ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة انها نزلت في يتيمة يكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق وقالت في قوله تعالى في يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن الآية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لذمامتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فانزل الله تعالى هذه الآية فهذه الآية امر بتزويجهن من غيرهم او بتزويجهن وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رض من عمر بن ابي سلمة وهي صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بالولاية تثبت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يتزوج بها قطعا ولو فعل لم يزوج الا منه لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر انه سأله عن تزوجه فذكر انها ثيب فقال هلا بكرا الحديث ورأى على عبد الرحمن بن عوف الصفرة فقال مهيم قال تزوجت ولم يسألهم سابق لها والآثار في جواز ذلك شهيرة عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم والمعنى ان الحاجة الى الكفؤ ثابتة لان مقاصد النكاح انما تتم معه وانما يظفر به في وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع ان اصل القرابة داعية الى الشفقة غير ان في هذه القرابة قصورا اظهرناه في اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان الا ترى انه صلى الله عليه وسلم علق المنع بالاستيمار وانما تستأمر البالغة وحديث قدامة تأويله انه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ الا ترى الى ما روى عن ابن عمر انه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها واما المال فانه لا يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حبا يفضي الى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه ولغيره بالمحاباة ويكفي لتعذر احضاره لتداول الايدي عليه ولجهولته او نسيانه او التوى في العوض في المقابلة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة فتعذر اثبات الولاية وحاصله ان القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها في المال فانتفت فيه وامكن في النفس فثبتت فيه وهذا المال اثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر او عدم كفاءة وجه قوله في الثيب الصغيرة انها للحاجة ولا حاجة بحدوث الرأى في امر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور فافاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفو والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس الا لتحصيله ولا رأى حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم اهلية المشاورة حتى اخر جواز نكاحها الى البلوغ فكان حاصل هذا الكلام تناقضا فان سلب الولاية بعلة حدوث الرأى تصريح بحدوث الرأى وتأخير نكاحها لعدم اهلية المشاورة يناقضه فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الرأى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله تثبت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا

وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به

فمدار الولاية الصغر قال المصنف رحمه الله والذي يريد كلامنا فيما تقدم يعني من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجها الولي العصبة مطلقا بعد ما كفينا مؤنة اثباته بما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل بين الاب والجد وغيرهما من العصبات في صورة الصغر او لا روي عن علي موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزي بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم امامة بنت عمه حمزة رضي الله عنه وهي صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا والترتيب في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فتقدم عصبة النسب واولاهم الابن وابنه وان سفل لا يتاتى الا في المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فانه يرى ان الاب مقدم على الابن وسياق المسئلة هل يثبت الخيار للام المعتوهة اذا افاقت وقد زوجها الابن في الخلاصة ولو زوجها الابن فهو كالاب بل اولى ثم الاب ثم الجد ابوه ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب وذكر الكرخي رحمه الله ان الاخ والجد يشتركان في الولاية عندهما وعند ابي حنيفة رضي الله عنه وعنهما يتقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث والاصح ان الجد اولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد لاب ثم ابناؤه وان سفلوا كل هؤلاء يثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما اذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل جاز اذا كان جنونا مطبقا ولم يقدر ابو حنيفة في الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان افاق فلا خيار له واذا زوجه اخوه فافاق فله الخيار ثم المعتق وان كان امراة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب واذا عدم العصبات هل يثبت لذوي الارحام يأتي

قوله وقال ابو يوسف يعني آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى ان لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا ان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقدها نفسها بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم لان قرابة الاخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد وقد اظهر الشرع اثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب اظهاره في النفس الخ على انه ناظر الى اظهار اثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضي الله عنه وهي صغيرة وقال لها الخيار قوله وهو الصحيح احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار اذا كان المزوج القاضي لليتيمة لان ولايته اتم من ولاية العم لانها في النفس والمال جميعا وعن ما روي عن ابي حنيفة انه لا خيار فيما اذا زوجت الام لان شفقتها فوق شفقة الاب ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا قوله ويشترط فيه اي في الفسخ ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وبآباء زوج الذمية التي اسلمت وهي طلاق خلافا لابي يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء في قوله في خيار البلوغ والاعتاق فرقة حكما بغير طلاق فقد كفو كذا ونقصان مهر او نكاح فساده باتفاق ملك احدي الزوجين وبعض زوج وارتداد كذا على الاطلاق ثم جب وعنة ولعان او ابي الزوج فرقة بطلاق وقضاء القاضي في الكل شرط غير ملك ورده وعتاق فقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنى فان نكاحها جائز عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله فاسد عند ابي يوسف فالفرقة منه بطلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد رحمه الله فان يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المراة فهي فسخ وكل فرقة بطلاق اذا وقع عليها في العدة طلقة وقعت الا في اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء قوله لان الفسخ لدفع ضرر خفي وظاهر العبارة تحقق الضرر وفساده ليس بثابت فالاولى ان يقال لدفع ضرر غير متحقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعرة بقصور الشفقة وقد يظهر خلافه مما هو اثر النظر من

فعذرت بالجهل ولم يشترط القضاء بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس

من كون الزوج كفؤا او المهر تاما والخيار ثابت لما في هذه الحالة كثيرا ما تعتقد بتلك الزوج عدم النظر فيرى ان فسخها لا يعتاد فحلا فاحتيج الى القضاء لالزامه بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لا بحقيقته ولا بدع في خلو المظنة المعلل بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في محفة جبلا ومسافرته كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهنية يترخص بجواز له القصر ولان في سببه ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق فانه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالانثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا اعتق فاجبر خيار دفع لضرر زيادة ملكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بان دفعها هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح برفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الاصول لانه عكس المعقول وابطال الشيء اذا كان تابعا باعتبار الوجود ويكون متبوعا في النفي ولا يخفى ان كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة اصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل هو نفسه لانا نقول المراد انه لا يجوز ان ينفي التابع اذا كان مستلزما لنفي المتبوع الثابت لتضمنه رفع الاقوى لغرض رفع الادنى والجواب انه اذا كان مقتضى الدليل وجب ان يكون رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه بلازمه وهو ثابت هنا وهو النص فلم يتجه في السؤال طلب حكمته مع انه يتضمن ضرر الزوج فلم يرجح رفع ضررها على رفع ضرره والجواب ان في رفع ضررها ضرر تحقق عليها وهو باستيفاء حق مشترك وانما ثبت لنفسه حقا عليها قد فهما اولى لانه رضي بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق قوله فتعذر اي الامة المعتقة بالجهل بثبوت الخيار لها اذا كانت مشغولة بخدمة المولى الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر بالجهل لانها في حقها قولهم خيار البكر يبطل بالسكوت انما ذكره بعد ما قدم بعض ما تقدم فكانت توطئة لبيان ان يكون سكوتها رضا فيما تقدم مما اذا كانت بكرا فان العبارة هناك عم من ذلك ليتبين الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال لا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا كما لو طلع ودفع المهر والكسوة والنفقة وكذا لو دفع المهر اذا لم يخل بها اما ان كان دخل بها قبل ذلك فينبغي ان يكون دفع المهر بعد بلوغه رضى لانه لا بد منه اقام او فسخ وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم تقل رضيت او يجيء منها ما يعلم انه رضى كالتمكين من الوطء وطلب الواجب اعتبار الهذه الحالة بحالة ثبوت الاختيار بحالة ابتداء النكاح فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حال ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار والعلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي ان خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك هو قوله وكذلك الجارية الى آخره قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس بل يبطل بمجرد سكوتها فلو بالمجلس مجلس علمها بان حاضت في مجلس قد كان علمها النكاح او مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر ممتدا الى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء ومال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فانه فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا قالوا ينبغي ان تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا اصبحت وتقول رأيت الدم الان وقيل لمحمد كيف يصح وهو كذب فانها ادركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها ان تكذب كيلا يبطل حقها ثم اذا اختارت واشهدت ولم تتقدم الى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب ما ذكر في بعض المواضع من انها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي ان يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت ذلك وقيل لو سألت عن اسم الزوج او عن المهر او سلمت الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه في مثل هذه الحالة كما يتعلق بالنكاح لو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينعقد عليها وكذا عن المهر واذا كان كذلك فلما لا يبطل كون سكوتها رضى على الخلاف

فلا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ما ثبت بإثبات الزوج بل لتوهم الخلل فإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لأنها تصح من الأنثى ولا طلاق إليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق وإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان أما الكافر فتثبت له الولاية على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

فإن في ذلك إلزام التسارع عند بلوغها اختيار نفسها بكل مهر والسؤال عنه حتى تعلم حقيقته وقد يتوقف رضاها على معرفة كميته وكذا إسلامها على القادم لا يدل على الرضا كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ ولم يصرح بخيار البلوغ والشفعة تقول الطلب الحثيث ثم [illegible] التفريق بخيار البلوغ ولو زوج أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت فلها خيار البلوغ لكمال الولاية الملك لا الأب ولها خيار العتق [illegible] وهذا الأصح [illegible] لا يغني عن خيار العتق فيطلق إن شاء. قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام ووجهه ظاهر من الكتاب والحاصل أن الغلام إذا بلغت ثيبا توقف خيارها [illegible] إلى أن يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح وكذا الغلام على هذا التفصيل كما فهمته وفي غاية البيان عما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدرك يبطل بالسكوت إذا كانت بكرا وإن كانت ثيبا لم يبطل وكذا إذا كان الخيار للزوج لا يبطل [illegible] إلى أن يعلم أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل إذ يقتضي أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهذا التقييد بالمجلس ضرورة إذ تبدل [illegible] ومن كانت ثيبا طبعها أو كان غلاما لم يبطل بالسكوت وإن قامت عن [illegible] إلا أن يجيء منه ما يعلم رضاها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطء والتمكين منه طوعا أو المطالبة بالمهر والنفقة [illegible] إن سكتت كرها في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها وفي الذخيرة والوكالة من المولى [illegible] فهي على خيارها ولا يبطل كون القول لها [illegible] دعوى الإكراه في التمكين مشكل لأن الظاهر يصدقها. قوله بخلاف خيار العتق متصل بقوله لا يمتد إلى آخر المجلس أي فيمتد خيار العتق إلى آخر المجلس وهذا الفرق أن خيار العتق ثبت بإثبات المولى لأن حكم العتق الثابت بإثباته فاقتضى جوابا في المجلس كتمليك المخيرة وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة وجه احتياجه إلى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ثمة الآخر [illegible] وله الوطء بعد الفسخ قبل القضاء بخلاف خيار العتق ينفسخ النكاح بمجرد فسخها ولا يبطل خيار العتق بالسكوت إلخ ويبطل خيار البلوغ لو كان من جهة المرأة وهي بكر بخلاف الغلام والثيب لأن السكوت لم يجعل في حقهما رضا ويثبت خيار كل من الذكر والأنثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم أعتقه لا خيار له لأن خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر وخيار البلوغ لما عن قصور الشفقة وهي فيهما الثالث أن الغلام يمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار وما ثبت الخيار إلا لحاجة لأنا نقول لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق إن كان قبل الدخول بل يلزمه منها إذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء ولو بعده فيلزمه [illegible] لكن لو تزوجها بعده فلك يملك عليها الثلاث وفي الجوامع إذا بلغ الغلام فقال فسخت ونوى الطلاق فهي طالق وإن نوى الثلاث فثلاث وهكذا حسن لأن لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والرابع أن الجهل بثبوت الخيار عذر معتبر في خيار العتق دون البلوغ والخامس أن خيار البلوغ يبطل بالقيام عن المجلس لا يبطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المرضعين على اختيارها أنها التي زوجها نفسها إذا أعتقت ولا تقبل شهادة الغاصبين الزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لأن سبب الرد قد انقطع في الأولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية لأنه السبب باق [illegible] قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جددا بعده ملك الثلاث وكذا خيار العتق لما بينا من أنه يصح من الأنثى [illegible] ولا طلاق إليها وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ بخلاف خيار المخيرة لما ذكر فيقع الطلاق باختيارها نفسها لأنه إنما ملكها ما يملكه وهو الطلاق [illegible] هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى بخلاف الطلاق قبل الدخول [illegible] يقع الطلاق في العدة فلذا كان هذه الفرقة بعد الدخول [illegible] الصحيح [illegible] ولا وجه للوقوع. قوله ولا ولاية لعبد لأن الولاية بالنفاذ القول على الغير إذا كانت متعدية والقاصرة منتفية في [illegible] فالمتعدية أولى [illegible] قيل [illegible] يبنى على ولاية القاصرة فالجواب بما في المعنى [illegible] في حجر العبد والقاصر من آثارها [illegible]

ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد [illegible]

اي تقابل رواية الحديث ولاية حيث [illegible] الرشاد كذا امانة اذا كان عدلا ونظر في القتال بشهادة بلال [illegible] الى اجيب عن هذه المشابهة [illegible]

بجعل الحد [illegible] ولاية لعبا في النكاح ونفي الولاية مطلقا لانه يستدل بجميع القاصر على صحة المتعدية فلو بيان [illegible] مستند الجعل الى [illegible] المتعدية مطلقا [illegible]

بان شيئا من المتعدية كولاية على زوجة المرتد في اعواد [illegible] من التزويج [illegible] فانه يصدق [illegible] ولاية على الغير [illegible]

المطبق وهو على قيل سنة وقيل اكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى في التجنيس وابو حنيفة رح لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دابه في التقديرات

فيفوض الى راي القاضي وغير المطبق يثبت له الولاية في حالة افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا

او غير مطبق ويزوج حال افاقته من جنون مطبق او غير مطبق لكن المعنى انه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فيزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة

له فلا يزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر ان الكفؤ الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر [illegible] باختيار [illegible]

في غيبة الولي الاقرب على ما سنذكره قوله كذا اي لهذا الدليل لا تقبل شهادته عليه لانه لا سبيل له عليه ولا يتوارثان لان الوارث كخلف المورث

في ماليه ملكا ويدا او تصرفا والظاهر ان الورثة لعبت ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث [illegible] بعد انقضاء ولاية اخرى فنفي المتعدية ليس [illegible]

عليه [illegible] بهذا الدليل كما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم كذا لا يثبت لمسلم على كافر يعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال [illegible]

يقال الا ان يكون المسلم سيد امة كافرة او سلطانا قاله صاحب الهداية ونسبه الى الشافعي ومالك قال ولم ينقل هذا الاستثناء عن اصحابنا [illegible]

ان يكون مرادا [illegible] في موضع معزو الى المبسوط الولاية بالسبب العام يثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم

[illegible] ذلك الاستثناء [illegible] الفسق [illegible] بسبب الاهلية كالكفر والمشهور ان عندنا هو المذكور في المنظومة وعن الشافعي اختلاف فيه اما المستور فله

الولاية بلا خلاف ثم في الجامع ان الاب اذا كان فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة من غير كفؤ غير معروف [illegible] اذا كان متهتكا لا ينفذ تزويجه اياها بغبن فاحش و

من غير كفؤ وسيأتي تمامه قوله ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات النسبية والسببية والاصل ان

الولاية [illegible] لعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم المولى المعتق ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند ابي حنيفة رح تثبت للام ثم

للاخت لاب وام [illegible] ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب ثم الاخت لام ثم اولاد [illegible] ذكورهم واناثهم في ذلك سواء ثم اولادهم

[illegible] في التجنيس [illegible] فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي غاب الاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجها اختها والام حاضرة يجوز ان لم يكن لها عصبة اولى

من الاخت [illegible] النساء اللاتي من قبيل الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع من اصحابنا [illegible] الاخت العمة وبنت الاخ وبنت العم ونحو ذلك ثم قال [illegible]

[illegible] ذكر في غيره من المواضع ان الام اولى من الاخت الشقيقة لانها اقرب انتهى وقوله [illegible] الاخت العمة وبنت العم وبنت الاخ [illegible] من ذوي الارحام

[illegible] فيها وشك [illegible] الائمة النسفي [illegible] المصنف [illegible] الاسلام خواهر زاده [illegible] وتقدم الاخت على الجد الفاسد [illegible] والاخوات العمات [illegible]

[illegible] ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات [illegible] الجد الفاسد اولى من الاخت عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا [illegible] كما في الميراث كما في [illegible]

[illegible] الجد الفاسد على الاخت ثم مولى الموالاة وهو الذي اسلم على يد ابي الصغيرة ووالاه لانه يرث فتثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضي [illegible]

[illegible] فتزويج العصبة [illegible] القاضي [illegible] لم يشترط فلا ولاية له في ذلك هذا استحسان وقال محمد لا ولاية لذوي الارحام ولا لمولى الموالاة و

[illegible] عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف مضطرب فيه والاشهر انه مع محمد [illegible] في الهداية [illegible] ان ابا يوسف مع ابي حنيفة

ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له فاذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج

وفي شرح الكنز وابو يوسف مع ابي حنيفة في اكثر الروايات لما روينا يعني من قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات اثبت لهم الجنس وليس وراء الجنس شيء فيثبت لغيرهم فلا انكاح لغيرهم قوله ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها اي الى القرابة على تأويل الاقارب على التقدير والى العصبات الصيانة عن ذلك لا الى غيرهم من ذوي الارحام لانهم ينسبون الى قبيلة اخرى فلا يلحقهم بها رين ذلك ولابي حنيفة ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة اذ هي الباعثة على الشفقة فاهر الوجبية لا لتقييد الكفؤ وذوو الارحام بهذه المثابة فانا نجد شفقة الاخت على ابنة اختها كشفقتها على ابن اخيها بل قد يترجح على الثانية ولا شك ان شفقة ذوي الارحام ليس كشفقة السلطان ومن لا محالة اولى منهم وقولهما تثبت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها فالحصر ممنوع بل ثبوتها بالذات تحصيلا لمصلحة الصغيرة تحصيل الكفؤ لانها بالذات بحاجتها الى الحكم وكل من ذوي الارحام فيه اهلية تحصيل حاجتها فتثبت له الولاية حينئذ للاعتبار وان تثبت لغيره من العصبات لكل من حاجتها بالذات الى ذلك وحاجته وسترها ونحو ما في مسئلة الغيبة وقيل عليها اجازة ابن مسعود رضي الله عنه تزويج امرأة بنتها وكانت من غيره على الاصح واما اثبات جنس ولاية الانكاح الى العصبات في الحديث فانما هو حال وجودهم ولا تعرض له حال عدمهم لنفي الولاية عن غيرهم ولا اثباتها فانتفاؤها بالمعنى وقضية ابن مسعود والقياس ولا شك انه خص منه السلطان لانه ليس من العصبات بقوله السلطان ولي من لا ولي له ويا لاجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهذا على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وحجية وقوله في قول محمد قياس وفي قول ابي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمجرد ومباحث استعرت لابي حنيفة بنيا فيه بالاستحسان هو الذي يكون بالاثر والقياس خلافه وان لا يكون فيه نص ويجاب بانه على بابه والمراد انما ذكره محمد من الحكم في نفس الامر قياسيا يقابله الاستحسان الذي قال به ابو حنيفة فان محمدا لما خالفه من الاستحسان استدل بالحديث وقد ظهر ان لا متمسك له به وكان الاولى ان يجيب به المصنف عماص بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الامام لانه عصبة في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت له بها الا ان اقارب الاب يقدمون قوله واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات وذوي الارحام ومولى الموالاة فالولاية الى الامام والحاكم اي القاضي بشرط ان يكتب في عهده ومنشوره تزويج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في عهده ثم اذن له فيه فاجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز والاصح استحسانا فروع الاول ليس للوصي ان يزوج الصغيرة والصغير وان اوصى اليه الاب بالنكاح الا اذا كان الموصي عين رجلا في حياته للتزويج فيزوجها الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها وان لم يعين فيتزوجها الا بإذن كما قيل لانه ليس بحاكم وان السلطان يزوجها اذا كان الوصي قريبا لها يزوج بحكم القرابة لا الوصاية والا فالحاكم وبه قال الشافعي واحمد في رواية وفي اخرى له التزويج لقيامه مقام الاب قلنا انما قام مقامه في المال وقال مالك ان اوصى اليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن ابي حنيفة الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها من نفسه او ابنه لا يجوز ذكره في التجنيس كالوكيل مطلقا اذا زوج موكلته من ابنه بخلاف سائر الاولياء لان تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي وذكره في التجنيس معللا له بعلامة غريب الرواية للسيد الامام ابي شجاع والالحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل علة حكما مع افتقاره شرطه وكذا اذا باع مال يتيمه من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين لا لوجه ما ذكرنا بخلاف الوصي حيث اشترى حيث يجوز لانه نائب عن الميت لا القاضي الثالث اقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند ابي حنيفة الا ببينة او يدرك الصغير فيصدقه ومنا واذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي وحجد الاب حتى جاء يثبت النكاح باقراره قال في المصفى ستاذه الشيخ حميد الدين ان الخلاف فيما اذا اقر الولي في الصغير بها فان اقر به وهو موقوف

وقال زفر لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ

إلى بلوغهما فإذا بلغا وصدقاه ينفذ إقراره وإلا يبطل وعندهما ينفذ في الحال وقال إنه أشار إليه في المبسوط وقال هو الصحيح وقيل الخلاف فيما إذا أقر على الصغير والصغيرة بالنكاح فأقر الولي أما لو أقر بالنكاح في صغره مع إقراره كذا في المغني وفي مبسوط شيخ الإسلام هذا إقرار الأب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق إلا ببينة وإن صدقه الزوج في ذلك أو المرأة وعلى قولهما يصدق من غير بينة فإن قيل على من تقام البينة ولا تقبل إلا على منكر يعتبر إنكاره والمنكر هو الصبي ولا عبرة بإنكاره والأب والزوج أو المرأة مقران قلنا ينصب القاضي خصما عن الصغير أو الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة انتهى كلامه من المصفى والذي يظهر أن قول من قال إن الخلاف فيما إذا أنكرا النكاح أما إذا اعترفا فيه فلا حاجة إلى البينة بالاتفاق أوجه وإقرار وكيل رجل أو امرأة بتزويجها وإقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف فأما إقراره بنكاح أمته فنافذ اتفاقا فالمرأة في الفوائد امرأة جاءت إلى قاض فقالت أريد أن أتزوج ولا ولي لي فللقاضي أن يأذن لها في النكاح كما لو علم أن لها أولياء وتقيدا أجاز أبو الحسن السغدي وما نقل فيه من إقامتها البينة مخالف للمشهور وما نقل من قول حماد بن أبي حنيفة يقول لها القاضي إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل ولا في عدة أذنت لك فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفء وأما الشرطان الآخران فمعلوم الاشتراط **قوله** وقال زفر إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا يزوجها أحد حتى تبلغ بناء على أنه على ولايته لأن الولاية تثبت حقا له على ما تقدم في دليله وقدمنا جوابه وقال الشافعي يزوجها السلطان لا الأبعد وعندنا يزوجها الأبعد لأن هذه ولاية نظرية تثبت نظرا لليتيمة لحاجتها إليها ولا نظر في التفويض إلى من لا ينتفع برأيه وهذا لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب بل لأن في الأقربية زيادة مظنة للحكمة وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية فحيث لا ينتفع برأيه أصلا سلبت إلى الأبعد ولو أبقينا ولاية الأقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها أما أولى فمحققة في الصيانة عن غير الكفء ويكون مقتضيا لإثبات ولاية الفسخ إذا وقع بفعلها من غير كفء فلا يتوقف على إثبات ولاية التزويج له فحيث تثبت فإنما هي لحاجتها حقا لها ولو سلم ففوات حقه لسبب من جهته على أن المقصود لا يفوت إذ يخلفه فيه الولي الأبعد لأنه يلوه في نفي غير الكفء والاحتراس عن التلطخ بنسبه فتظافرا على مقصود واحد فوجب المصير إلى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ولأنه لو سلبت ولايته بموته كان الأبعد أولى من السلطان فكذا إذا سلبت بعارض آخر والأصل أن علة تقديمه على السلطان لا يختلف بالموت وغيره وقال صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وما يقال من أنه ينتفع برأيه بالرسول والكتاب كتاب الخاطب إليه حيث هو بخلاف المتنازع فيه بالغائب والخاطب فلا يفرغ الخاطب باعتباره وقد لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية يتقدم فيه الأقرب فإذا تزوجت القربى ثبتت مظنة تشغلها بالزوج صارت للبعدى وكذا النفقة في مال الأقرب فإذا انقطع ذلك لبعد ماله وجبت في مال الأبعد **قوله** ولو زوجها حيث هو فيه منع جواب عن استدلال زفر على قيام ولايته حال غيبته بأنه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على أنه لم يسلب الولاية شرعا بالغيبة أجاب بمنع صحة تزويجه قال في المحيط لا رواية فيه وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته وفي المبسوط لا يجوز ولو سلم فلأنها انتفعت برأيه وهذا تنزل أجاب للأبعد قرب التدبير وللأقرب قرب القرابة فنزلا منزلة وليين في درجة فأيهما عقد جاز لأنه أحق بالمعنى المتعلق به ثبوت الولاية وسلبها ومعناه أن سلب الولاية إنما كان لسلب الانتفاع برأيه فلما زوجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن ما تعلق به سلب الولاية ثابتا بل القائم مناط ثبوتها وفي شرح الكنز لا رواية قلنا إن تمنع لأنه لو جاز عقده حيث هو لأدى إلى مفسدة لأن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره وما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليتقدم رجل إلى صلاة الجنازة فلا يعد منعه ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره وعقد المستفيد ما ذكرنا أن الوليين إذا استويا كأخوين شقيقين فأيهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا

ولا يرده والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفؤ باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

فان زوجها كل منهما فالعبرة للسابق فان لم يعلم السابق او وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالترجيح ولو زوجها ابوها وهي بكر بالغة بامرها وزوجت هي نفسها من آخر فايهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا ادري الاول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينهما وكذا لو زوجها وليان بامرها **قوله** ولا يرده لانه ليفيد انه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعوده **قوله** والغيبة المنقطعة بان يكون في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري ره وعن ابي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احديهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وهذا رجوع الى قول زفر ره وانما ضرب هذا مثلا وعنه في اخرى من بغداد الى الري وكذا عن محمد في رواية من الكوفة الى الري ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة ان يكون يتحول من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل اذا كان في موضع يقع الكري اليه دفعة واحدة فليست غيبة منقطعة او بدفعات فمنقطعة وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام ابو علي النسفي وسعد بن معاذ وابو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وابو علي السغدي والصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفو ومن هذا قال قاضي خان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وهذا احسن الى النظر وفي النهاية عليه اكثر المشايخ منهم الامام ابو بكر محمد بن الفضل في شرح الكنز اكثر المتأخرين على انه في المسافة الفاحشة من كثير المتأخرين اكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول اكثر المشايخ **قوله** واذا اجتمع في المجنونة جنونا اصليا بان بلغت مجنونة او عارضيا بان طرأ الجنون بعد البلوغ ابوها او جدها مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ابوها وقال زفر في العارض لا يزوجها احد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء ثم لا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هي احوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر لان الحاجة اليها في الصغر لتحصيل الكفو وفي الجنون بذلك ودفع الشهوة والممارسة وكذا المجنون يجتمع فيه ابوه وابنه او جده على هذا الخلاف وعن ابي يوسف في رواية اخرى ايهما زوج جاز وهي رواية المعلى جعلهما في مرتبة ولا بعد لان في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة **قوله** ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية على العصوبة بالنص السابق والابن هو المقدم في العصوبة حالة الانفراد بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة او المجنون الكبيرين ابنهما لا خيار لهما لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن اولى

فصل في الكفاءة الكفوء المقاوم ويقال لا كفاء له بالكسر ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولي اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء من تثبت له ثم اعقبه فصل الكفاءة **قوله** معتبرة قالوا معناه معتبرة في اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فهنا نظران في اثباته حجة ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه من معناها اما الاول فهو حديث ضعيف لان في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه احمد الى الوضع وسيأتي تخريجه لكنه حجة بالتضافر والشواهد من ذلك ما روي عن محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر رض قال لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي انه عليه الصلاة والسلام قال له يا علي ثلث لا تؤخرها الصلاة والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفوا وقول الترمذي فيه لا ارى اسناده متصلا تنتفي بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فلينظر فيه الا عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وهي من حديث

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن أنفسهم

عائشة وأنس وعمر من طرق ضعيفة فوجب ارتقاؤه إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفي هذا الكفاية أغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال إذا كانت الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة ففي النكاح وهو للعمر أولى وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة وخرج إليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من أنتم قالوا رهط من الأنصار فقالوا أبناء قوم كرام لكنا نريد أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا ثم أمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث الخ فأما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا فلم أره والذي في سيرة ابن هشام عن ابن إسحق أنهم قالوا لهم أكفاء كرام ولكنا نريد بني عمنا وفي رواية ما لنا بكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا علي الخ ونحن نقطع أن عدو الله لو برز للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين ولم يزده ذلك النسب إلا بعدا إنما الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فيجب أن يخرج إليه كفؤه فيها لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلامه إنما يفيد حق النسب وإنما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك لما علمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولا ولئلا يظن بأن المطلوبين عجزوا وجبنوا ودفعا لما قد يظن أهل النفاق من أنه خص بقرابته دون الأنصار النظر الثاني لا يخفى أن الظاهر من قوله لا يزوجهن إلا من الأكفاء أن الخطاب للأولياء نهيا لهم أن يزوجوهن إلا من الأكفاء ولا دلالة فيه على أنها إذا زوجت نفسها من غير الكفو يثبت لهم حق الفسخ فإن قلت يمكن كون فاعل يزوجهن المحذوف أعم من الأولياء ومنهن أي لا يزوجهن مزوج هي لنفسها أو الأولياء فالجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفو فإذا باشرته لزمتها المعصية ولا يستلزم أن للولي فسخه إلا بمعنى العرف وهو أنها إذا فعلت ضررا فله دفعه وهذا ليس مدلول النص وليس نهيها التضمني للنص بل لإدخالها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص وإنما قلنا التضمني لأن النهي على هذا التقدير يتعلق بها وبالأولياء فبالنسبة إليهم إنما يعلل بترك النظر لها وبالنسبة إليها بإدخال الضرر على الولي وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ فلا يشكل على سامع أن في قول القائل إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللولي فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن إلا من الأكفاء نبوة للدليل عن المدعى فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لأمر زائد على ذلك كما هو في الكتاب فإن قلت كون الشيء معتبرا في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص أعني معتبرا على أنه واجب أو مندوب قلنا نعم لكنه لم يقصد بخصوصيته فإن قلت فما هو قلنا مقتضى الأدلة التي ذكرناها الوجوب أعني وجوب نكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه ثم لا يستلزم كونه أول كفو خاطب لما روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ولولا أن شرط المشروع القطعي لا يثبت بظني لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم هذا الوجوب يتعلق بالأولياء حقا لها وبها حقا لهم على ما بينا مما ذكرناه لكن إنما تتحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها فهي تاركة لحقها كما إذا رضي الولي بترك حقه حيث ينفذ هذا كله مقتضى الأدلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها وعلى اعتبارها يشكل قول أبي حنيفة رحمه الله أن للأب أن يزوج بنته الصغيرة من غير كفو فإن قلت خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي وزوج أبو حذيفة بنت أخيه من سالم مولاه وكان في ذلك بعلم الصحابة رضي الله عنهم أو بعضه وبعلم النبي صلى الله عليه وسلم فالجواب وقوع هذا ليس يستلزم كون تلك النساء صغارا بل يعلم قطعا بأنهن كبار خصوصا بنت قيس كانت ثيبا كبيرة حتى تزوجها أسامة فإنما جاز لإسقاطهن حق الكفاءة لهن ولأوليائهن وهذا في اعتبار الكفاءة خلافا لمالك والثوري والكرخي من مشايخنا لما روي عنه صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الأدلة **قوله** وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللأولياء وإن لم يكونوا محارم كابن العم أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم ما لم يجئ من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة

ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر

او المخاصمة في احدهما وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه وكما لو زوجها على انه سكت فظهر عدمها بخلاف ما اذا اشترط العاقد الكفاءة او اخبر الزوج بها حيث كان لهم
التفريق اما اذا لم يشترطوا ولم يخبر فقد ذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوجت نفسها من رجل لا يعلم حاله فاذا هو عبد مأذون ليس لها الفسخ بل للاولياء او زوجها الاولياء
بمن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه فاذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لهم الفسخ ولو اخبر بحريته او شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ولا يكون سكوت الولي
رضى الا ان سكت الى ان ولدت فليس له التفريق وعن شيخ الاسلام ان له التفريق بعد الولادة ايضا وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق لا يجب عندها شيء من المهر ان
وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة فانها كانت واجبة ولا تثبت هذه الفرقة الا بالقضاء لانه مجتهد فيه وكل
من الخصمين يتشبث بدليل فلا ينقطع النزاع الا بفصل القاضي والنكاح قبله صحيح يتوارثان به اذا مات احدهما قبل القضاء هذا من ظاهر الرواية اما على الرواية
المختارة للفتوى لا يصح العقد اصلا اذا كانت زوجت نفسها منه وهل للمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء ان تمنع نفسها من ان يطأها ان مختار الفقيه ابي الليث
نعم قال في التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان من حجة المرأة ان تقول انما تزوجتك على رجاء ان يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطئا
بشبهة ورضا بعض الاولياء المستوين في درجة كرضا كلهم خلافا لابي يوسف وزفر فانه حق الكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك قلنا هو حق لهم
لكن لا يتجزى فيثبت لكل على الكمال كولاية الامان فاذا ابطله احدهم لا يبقى كحق القصاص اما لو رضي الابعد كان للاقرب الاعتراض لو زوجها الولي باذنها من غير كفء
فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ولا يكون الرضى بالاول رضا بالثاني لان الانسان لا يبعد رجوعه عن خلة دنية وكذا لو زوجها هو من غير
كفء فطلقها فتزوجت آخر غير كفء ولو تزوجته ثانيا في العدة ففرق بينهما لزمه مهر ثان واستأنفت العدة وان كان قبل الدخول في الثاني وستأتي هذه المسئلة
في باب العدة ان شاء الله تعالى **قوله** ولان انتظام الخ يعني ان المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر فانه لانه وضع لتأسيس
القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسره ما يسرك ويسوءه ما يسوءك وذلك لا يكون الا بالموافقة والتقارب ولا تقارب للنفوس عند
مباعدة الانساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح اذا ورد ملك اليمين لما عليه وان كان معللا ايضا بعلة
اخرى عامة للطرفين على ما ترى في فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا يترتب عليه مقاصده ولو كان اياه فسدا فكان طريقه اكره ولم يلزم
المولية اذا انفردت به الولي نظرا الا اضرارا بها **قوله** ثم الكفاءة تعتبر في النسب جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي مذكور في الكتاب وسيورده الا الكفاءة
في العقل ذكره الولوالجي ولم يذكره هنا قال بعضهم لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة واختلف فيه فقيل يعتبر لانه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل
لا لانه مرض ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر الا عند محمد في الثلاثة الاول
اعني الجنون والجذام والبرص اذا كان بحال لا تطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد رحمه الله الا ان الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي
وكذا في الخوية عنده **فرع** انتسب الى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك فان لم يكافئها به كقرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلها الخيار
ولو رضيت كان للاولياء التفريق وان كافأها به كعربية ليست قرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلا حق للاولياء ولها الخيار
عندنا ان شاءت فارقته خلافا لزفر ولنا انه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو ان يكون ابنها صالحا للخلافة فاذا لم يحصل كان لها الخيار كمن اشترى
العبد على انه كاتب فظهر خلافه وايضا الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو افضل منها لا من مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها
بالعقد فيثبت لها الخيار ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لانه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها

فقريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض والأصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء
لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل
فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله إلا أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كأنه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة

وللخلاص منها من طريق يمكنه وهي الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ويحتاج بعد هذا إلى فضل تقرير وفرق بين هذا وبين إثبات خيار البلوغ
للغلام وهو سهل إن شاء الله تعالى **قوله** قريش بعضهم أكفاء لبعض روى الحاكم بسند فيه مجهول فإن شجاع بن الوليد قال ثنا بعض إخواننا عن ابن جريج
عن عبد الله بن أبي مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة
ورجل برجل إلا حائكا أو حجاما ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الأيلي ضعف بأنه موضوع وإن عمران هذا يروي الموضوعات عن الأثبات وروى
الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا الناس أكفاء قبيلة بقبيلة وعربي بعربي ومولى لمولى إلا حائكا أو حجاما وضعف ببقية بن الوليد وهو محتمل إن عنعن الحديث
وليس غيره وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي ثم عمر بن الخطاب بلفظ الأول وفيه علي بن عروة قال يسرق الحديث
وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من أهل حران يروي المجاهيل وقد روي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة رضي الله عنها وهو ضعيف أيضا انتهى كلامه وروى
البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه العرب بعضهم أكفاء لبعض انتهى وابن معدان لم يسمع من معاذ وفيه سليمان بن أبي الجون قال ابن القطان لم أجد له ذكرا
وبالجملة فللحديث أصل فلذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه ويمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف
في ذلك خصوصا وبعض طرقه كحديث بقية ليس فيه إلا الضعف بذاك فقد كان شعبة معظما لبقية وناهيك باحتياط شعبة ولفظ تعدد طرق الحديث الضعيف يرفعه إلى
الحسن ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينتسب إلا لأب فوقه فهو عربي غير قرشي وإنما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها
بدابة في البحر تدعى قرشا تأكل دواب البحر شبهوا بها لأنهم أعظم دواب البحر عزة وفخرا ونسبا وعلى هذا قال الجمحي وقريش هي التي تسكن البحر بها سميت قريش قريشا وقيل
لأن النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لأنه كان يقرش عن خلة الناس ليسد حاجتهم بماله والتقريش التفتيش قال الحارث بن حلزة أيها الناطق المقرش عنا
عند عمرو فهل لها إبقاء وقيل لأنه خرج يوما على نادي قومه فقال بعضهم انظروا إلى النضر كأنه جمل قريش وقيل سميت بقريش بن الحارث بن مخلد كان صاحب عيرهم
فكانوا يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش ولهذا ابنه يسمى بدرا وهو الذي حفر بئرا سميت به وقيل لتجارتهم والتقرش التكسب وقيل سميت به لأن فهر بن
مالك قيل اسمه قريش وإنما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قرشيا إلا من كان من أبناء فهر وقيل هو من الجمع والتقريش التجميع لأن
قصيا جمع بنيها في الحرم من بعد تفرقهم وقيل لما نزل قصي الحرم فعل أفعالا جميلة فقيل له القرشي فهو أول من سمي به وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهم أب هو قصي
وبطلانه ظاهر الأول ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي التجمع كان من أبناء النضر وإن كان الفاعل قال أبوكم قصي كان يدعى مجمعا به جمع الله القبائل من فهر
لا أنه ابن ابنه لأنه ابن مالك بن النضر غير أن القافية اتفقت كذلك والأبعد نقل أن قصيا سمي مجمعا لجمعه أولاد النضر وعرف أن القرشيين جمعها النضر هذا وقريش
عمارة تحتها بطون لؤي بن غالب وقصي وعدي ومنهم الفاروق رضي الله عنه ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضي الله عنه ومخزوم ومنهم خالد بن
الوليد المخزومي رضي الله عنه وهاشم فخذان وهاشم فخذ والعباس فصيلة وأعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال
صلى الله عليه وسلم في قريش البطن ببطن وفي العرب قبيلة بقبيلة ونظم بعض الأدباء ترتيب الطبقات وقال قبيلة فوقها شعب وبعدها عمارة ثم بطن
تلوه فخذ وليس يؤوي الفتى إلا فصيلته ولا سداد لسهم ماله قذذ وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال اقصد الشعب فهو أكثر حي
عددا في الحواء ثم القبيلة ثم تتلوها العمارة ثم البطن والفخذ بعدها والفصيلة ثم من بعدها العشيرة لكن هي في جنب ما ذكرنا قليلة **قوله** والموالي
هم العتقاء والمراد هنا غير العرب وإن لم يمسهم رق لأنهم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما ذكره في الحديث دليل على أنه لا يعتبر

وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا تعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به قال وتعتبر في المال

التفاضل في انساب قريش فهو حجة على الشافعي في ان الهاشمي والمطلبي اكفاء دون غيرهم بالنسبة اليهم قالوا زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته من عثمن وهو اموي وزوج علي ام كلثوم من عمر رضي الله عنهم وهو عدوي وفيه نظر اذ قد يقول يجوز كونه لاسقاط حقه في الكفاءة نظرا الى مصلحة اخرى لكنه يرى انها شرط في النسب فيلزمه ما ذكرنا وعلى اكثر اصحابه في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم وعلى محمد ره في اعتبار الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ اهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين بذا ان قصد بذلك عدم المكافاة لان قصد به تسكين الفتنة وفي الجامع لقاضي خان قالوا الحسيب يكون كفوا للنسيب فالعالم العجمي كفو للجاهل العربي والعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الاخلاق وفي المحيط عن صدر الاسلام الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب وفي الينابيع الاصح انه ليس كفوا للعلوية والاصل ما ذكره المشايخ ره ومن ذلك ما روي عن ابي يوسف ره ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفوا له ولا يعتبر بالبلاد وفي تتمة الفتاوى القروي كفو للمدني **قوله** وبنو باهلة الخ استثناء من قوله والعرب بعضهم اكفاء لبعض وباهلة في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن سعد بن قيس بن عيلان فنسب ولده اليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا ياخذون عظام الميتة يطبخون بها ويأخذون دسوماتها فلذا قيل ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت الام من باهلة * وقيل اذا قيل للكلب يا باهلي * عوى الكلب من شوم ذاك النسب * ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع انه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بقبائل العرب واخلاقهم وقد اطلق وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الاجواد وكون فصيلة منهم او بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل **قوله** واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان فيه لان تمام النسب بالاب والجد والحق ابو يوسف رح الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف اي في الشهادات والدعاوي قيل كان ابا يوسف ره انما قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيبا بعد ان كان الاب مسلما وهما قالاه في موضع يعد عيبا والدليل على ذلك انهم قالوا جميعا ان ذلك ليس عيبا في حق العرب لانهم لا يعيرون بذلك وهذا احسن به ينتفي الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين اهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفوا لم يفرق بل هم اكفاء بعضهم لبعض قال في الاصل الا ان يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك او سائس فانه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين **قوله** والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام يعني من كان له ابوان حران كان كفوا لمن له آباء احرار ومن له اب واحد حر لا يكافئ من له ابوان حران ومن عتق بنفسه لا يكافئ من له اب حر وفي التجنيس لو كان ابوها معتقا وامها حرة الاصل لا يكافئها المعتق لان فيه اثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت امها حرة الاصل كانت هي ايضا حرة الاصل وفي المجتبى معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع واعلم انه لا يبعد كون من اسلم بنفسه كفوا لمن عتق بنفسه **قوله** وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة فسر به ليعلم ان المراد به التقوى لا اتفاق الدين لان تفاصيله تعرف في نكاح اهل الشرك ولا كونه مكافيا باسلام نفسه وابيه وجده لانه مر قبلها **قوله** هو الصحيح اي الصحيح اقتران قول ابي حنيفة وابي يوسف فانه روي عن ابي حنيفة رح انه مع محمد رح ورجحه السرخسي وقال الصحيح من مذهب ابي حنيفة ان الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال اذا كان الفاسق ذا مروة كاعوان السلطان والمباشرين المكتبة وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفوا والا لا وحينئذ الاولى كون هو الصحيح احترازا عما روي عن كل منهما انه لا يعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للاولياء فسخه وان كان من حاشية السلطان **قوله** وقال محمد ره لا يعتبر الا اذا كان يصفع

وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابى يوسف رحمه الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجرى المساهلة فى المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة فى الغنى فمعتبرة فى قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة فى اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر فى الصنائع وهذا عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابى حنيفة رحمه الله فى ذلك روايتان وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها ووجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها

سنة ويخرج سكران لانه من احكام الآخرة فلا تبتنى عليه احكام الدنيا وفى كون هذه قاعدة ممهدة نظر اذ لم يظهر وجه الملازمة والحق انه قد وقد والمعتبر فى كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على احكام الآخرة وعدمه على ان الم ينبن الا على امر دنيوى وهو ما ذكره من ان المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه يعنى تعيرها اشكالها من بنات الصالحين وفى المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسى الرواية الموافقة بقول محمد عن ابى حنيفة ولو تزوجها وهو كفو فى الديانة ثم صار داعرا لا ينفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح **قوله** وهو اى اعتبار الكفاءة فى المال هو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره فى الكفاءة فى الغنى بالنسبة الى قول ابى حنيفة ومحمد فان ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره وبين ان المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله وان كان كله حالا ففى المجتبى قلت فى عرف اهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل ستة اشهر وفى جامع شمس الائمة سنة وفى المجتبى الصحيح انه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفوا ومعناه منقول عن ابى يوسف قال اذا كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفوا لها فى غريب الرواية للسيد ابى شجاع جعل الاصح ملك نفقة شهر وفى الذخيرة ان كان تجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفو والا لا يكون كفوا وان كانت فقيرة انتهى وفيه نظر ثم هذا اذا كانت تطيق النكاح فان كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفو وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها **قوله** ويعد المرء قادرا بيسار ابيه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب **قوله** فاما الكفاءة فى الغنى يعنى بعد ملكه للمهر والنفقة قيل يعتبر مكافاته اياها فى غناها قال معتبرة فى قول ابى حنيفة ومحمد لكن صرح السرخسى فى مبسوطه وصاحب الذخيرة بان الاصح ان ذلك لا تعتبر لان كثرة المال مذمومة وفى شرح الكنز لا يعتبر بالمساواة فى الغنى هو الصحيح وعن ابى حنيفة ومحمد فى غير رواية الاصول ان من ملكهما لا يكون كفوا للفائقة فى الغنى وليس بشئ فنص على ان ما فى الهداية غير رواية الاصول وكذا فى الدراية قال وهذا القول منهما فى غير رواية الاصول وفى كتاب النكاح لا تشترط القدرة الا على المهر والنفقة وفى بعض الشروح انه خلاف ظاهر الرواية ولهذا لم يذكره فى المبسوط عن الاوائل قال وبعض المتاخرين اعتبروا الكفاءة فى المال بعد ما صح عن ابى يوسف بنفيه **قوله** وعن ابى حنيفة فى ذلك روايتان اظهرهما لا تعتبر فى الصنائع حتى يكون البيطار كفوا للعطار وهو رواية عن محمد وعنه فى اخرى الموالى بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التى ذكرها فى الكتاب عن ابى يوسف واظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل منهم روايتان الظاهر عن ابى حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك الا ان يفحش وهو الرواية عن ابى يوسف فما قدمناه من الخلاصة حيث قال فيه الاحاكة اوجها ما يفيد اعتبارها فى الصنائع لكن على الوجه الذى ذكره فى شرح الطحاوى وهو ان الصناعات المتقاربة اكفاء كالبزاز والعطار بخلاف المتباعدة وعد الحياك مع الدباغ والحجام والكناس قال وهو لا بعضهم اكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا فى ان الظاهر من قول ابى حنيفة اعتبار الكفاءة واليه ذهب بعض الشارحين قال ولذا قال الشيخ ابو نصر بعد ان اثبت اعتبارها وعن ابى حنيفة لا تعتبر ونحوه فى النافع واتفقنا لكن على الوجه الذى ذكر فى شرح الطحاوى لان حقيقة الكفاءة فى الصناعة لا تتحقق الا بكونهما من صناعة واحدة وفى المحيط وغيره وههنا خساسة هى اخس من الكل وهو الذى يخدم الظلمة يدعى شاكرية وتابعا وان كان ذا مروءة ومال قيل انه اختلاف عصر وزمان فى زمن ابى حنيفة لا تعد الدناءة فى الحرفة منقصة فلا تعتبر وفى زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار

قال وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتعير به وإذا زوج الأب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لأنه لا نظر في الحط عن مهر المثل ولا في الزيادة على القيمة في التصرف المالي وإن كان في الحظ منه شيئا والبيع ولهذا لم يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية هي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أيضا لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز والله أعلم

ذلك سواء كان ذلك هو المبني أو لا فإن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه على هذا ينبغي أن يكون المالكي كفوا للعطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا البتة اللهم إلا أن يقترن به خساسة غيرها **قوله** وإذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها فإن فارقها فلا مهر لها وهو فرع قيام مكنة كل منهما فسخ هذا وفي فتاوى النسفي لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوا بتكميل مهر المثل لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ واعلم أن المدار التسمية حتى لو سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها ثم قال المصنف وهذا الوضع أي قولنا إذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض وقال محمد مع أبي يوسف ليس لهم ذلك ومعناه يجب بتقييد العقد في صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي قال وهذه شهادة على رجوعه صادقة نحو واورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسألة على قول محمد وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دالا على رجوع محمد إلى قولهما انتهى ولا شك أن قولنا إذا تزوجت ونقصت لا يتقيد عند محمد عام في الصور على ما هو حال إسناد الشرط فباعتبار عمومه تكون شهادة صادقة وعليه مشى المصنف وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا تكون شهادة وعليه مشى المعترض والأصل خلافه إلا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا الصورة المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هو المذكور في الجامع الصغير ورجوعه مروي أنه قبل موته بسبعة أيام وهو كما يشير إليه قول المصنف وقد صح ذلك ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه **قوله** وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولزم عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الغبن فاحشا أو قليلا ويثبت المال كله في ذمة الصغير في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير وقالا لا يجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه وعلى هذا الخلاف تزويج الابنة بغير كفو ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة أما فيها فلا لما قالوا لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شريب فاسق فظاهره سوء اختياره ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارض ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة وما في النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بالشرب وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفو ليفيد خلافه إذ يقتضي أنه لو عرف الأب بشربه فالنكاح نافذ وهو ينافي ما تقرر من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفو والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلم يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفا بمثله **قوله** ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما أي قولهما لا يجوز ليس معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية والعقد صحيح فيزاد إلى مهر المثل قيل بالأول وقيل بالثاني واختار المصنف الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بإيجاب المال عوض نفسها ناقصا وإبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رح لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجاز المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا

بغبن فاحش في مالها لا يجاب لمال عوض نفسها نقصانا اولى لعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج امتها بغبن فاحش في مالها لا يجوز فتزويجها كذلك اولى لعدم الجواز ولابي حنيفة ان النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار امر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة واذ حال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد وامر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر دليله فيتعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأي بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الام وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا انبنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت واجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفو ولذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار والمجانة والفسق كان العقد باطلا على قول ابي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح اما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا امر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال فلذا لا يجوز تزويجه امتها بغبن فاحش لانه اضاعة مالها لان المهر ملكها ولا مقصود آخر باطن ليصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بار بعمائة درهم ولا شك في انه دون مهر مثلها لانها اشرف النساء فيلزم اما ان لا مهر اكثر منه بل الا وهو اقل منه او انها مهر مثلها والاول منتف فلزم الثاني وهذا موقوف على ثبوت ان تزويجه صلى الله عليه وسلم اياها كان قبل البلوغ والا فيجوز وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة اعني قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب ان المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم تلزم فالمعروف بذلك صح ليس مظنة فهو الحاصل لا تخصيص العلة والقول ان العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب بنته من غير كفو بغبن ثم قد بيناه والوجه من الجانبين

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها من احكام الولي والفضولي ويبقى الرسول نذكره بعد ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير انها تستفاد من المولى على نفسه كانت ثانية للولاية الاصلية فاوردها ثانية في التعليم لباب الاولياء ثم ذكرنا غيرها من الفضول لتأخره عنها لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولي المجيز فنزل عقد الفضولي كالشرط حيث لم يستعقب بنفسه حكما كما هو الاصل في السبب غير ان ابتداءه بالولي ان نظر فيه الى انه اقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى ان عقد الاصيل للوكيل او لا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل قوله ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا اني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان او زوجتها من نفسي وقال زفر لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وصورتها ان يقول اشهدوا ان فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني ان ازوجها من نفسي وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفاريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى وفي النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الا يرى انه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل امرأة تزوجها من نفسه وذكر الخصاف رجل خطب امرأة فاجابته وكرهت ان يعلم اولياؤها فجعلت امرها في تزويجها الى الخاطب فقال ان الخطيب ذكرها وتزويج تسميتها عند الشهود قال يقول اني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت امرها الي بان اتزوجها فاشهدكم اني تزوجت المرأة التي

فانه كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف

امرها الى على صداق كذا فينعقد النكاح قال شمس الائمة الحلواني الخصاف كبير في العلم وهو ممن يقتدى به وقال في التجنيس وذكر في المنتقى ان مثل هذا التعريف يكفي ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود والاول اقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منها لان الشرط ليس شهادة تعتبر للاداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المراة على ما تقدم ثم رايت في التجنيس انه هو المختار لان الحاضر يعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبها وهذا كله اذا لم يعرفها الشهود اما اذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح اذ عرف الشهود انه اراد المراة التي يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل انتهى وبقولنا قال مالك ره واحمد وسفين الثوري وابو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما وكلته ان يزوجها مطلقا فانه لو زوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت اجنبيا او وكل امراة بان تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح ايضا لزفر والشافعي ان الواحد لا يتصور على البناء للفاعل ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضادي حكمي التمليك والتملك ويوافقه الاثر وهو ما روي عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل لان الشافعي يقول على احد الوجهين في الولي ضرورة اذ لا يتولاه غيره فلو منع من تولي شطريه امتنع اصلا لانه لو امر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته اليه فتكلم هو بنفسه فلا فرق فيه في التحقيق وهذا الاستشهاد جاء على اعتقاد المص ان الشافعي يقول في المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيهما على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيهما ايضا لانه لا تثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور ان يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذي يجيزه الشافعي من تولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام انه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا شرعا الا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر حتى لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل على ما نذكر ولا ترجع حقوق العقد اليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة بخلاف البيع لا يصح ان يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشتري فانه فيه مباشر ترجع الحقوق اليه ويستغني عن الاضافة والواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين والتمانع انما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ فالذي يرجع اليه لا امتناع فيه والذي فيه الامتناع لا يرجع اليه ولا انتقال لكونه معبرا بعبارة الغير يكون ذلك العقد قام باربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الاثر والله اعلم انه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه او اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى ان هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المص فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهرزاده وهذا اذا ذكر لفظا هو اصيل فيه اما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي فان قال تزوجت فلانة يكفي فان قال زوجتها من نفسي لا يكفي لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهي ما ذكرناه آنفا صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس ايضا في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت اخيه من ابن اخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج ان يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفي العقد اذا اتى باحد شطري الايجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الآخر الواحد يقع دليلا من الجانبين قوله فان كل عقد كالبيع والاجارة ونحوها صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة فاذا اجاز

صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد

من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد وفسر المجيز فى النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا او وكيلا او اصيلا وقال فى فصل بيع الفضولى
من النهاية الاصل عندنا ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن تبطل والشراء اذا وجد نفاذا انفذ على العاقد والا توقف بيانه
الصبى اذا باع ماله او اشترى او تزوج او زوج امته او كاتب عبده ونحوه يتوقف على اجازة الولى فى حالة الصغر فلو بلغ قبل ان يجيزه الولى
فاجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبى امرأته او خلعها او اعتق عبده على مال او دونه او وهب او تصدق او زوج
عبده او باع ماله محاباة فاحشة او اشترى باكثر من القيمة مما لا يتغابن فيه او غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة
ولو اجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ اوقعت
ذلك الطلاق والعتاق انتهى وهذا يوجب ان يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولى اذ لا توقف فى هذه الصورة
وان قبل فضولى آخر او ولى لعدم قدرة الولى على امضائها ولو اردنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغى ان يقول له مجيز من يقدر على
انفاذه ليصح جواب المسئلة اعنى قوله انعقد موقوفا لان الصبى فى الصورة المذكورة فضولى ولو قبل بعقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على انفاذه وعلى هذا لا يكون
العقد شاملا لليمين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته ان يقول اجنبى لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فانت طالق
فانه يتوقف على اجازة الزوج فان اجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت ودخلت بعدها طلقت كذا
فى الجامع وفى المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج اجزت الطلاق على فهو جائز ولو قال اجزت هذه اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الاجازة
وعرف مما ذكرنا ان الصبى فى التزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبى العاقل من اهل العبارة غير انه محتاج الى رأى الولى فالصواب ان يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء و
يندرج المخاطب فى ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولى فان اسم العقد لا يتم الا بالشطرين او ما يقوم مقامهما وعلى هذا قوله ما لا مجيز له اى ليس من يقدر على الاجازة
يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوجه الفضولى امة او اخت امرأته او خامسة او زوجه معتدة او مجنونة او صغيرة يتيمة فى دار الحرب او اذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف
لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم لكن تزويج اليتيمة فكان كالمكان الذى فى دار الاسلام ليس له حاكم ولا سلطان
فانه ايضا يتعذر تزويج الصغائر فيه اللاتى لا اولياء لهن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأة السابقة وانقضاء عدة المعتدة فاجاز لا ينفذ اما اذا كان فيجب
ان يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم اعتق حيث تقع هذه الكفالة حتى يؤخذ بها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال
وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم اجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا او اوصى بجميع ماله ثم عتق فاجاز الوصية يصح لان كفالته التزام المال
فى الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر فى حق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبه والتوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بلفظ الاجازة
والانشاء لا يستدعى عقدا سابقا وكذا لو قال لآخر اجزت ان تطلق امرأتى او ان تعتق عبدى او ان تكون وكيلى او ان تكون مالى وصية كان توكيلا ووصية بخلاف
غيرها من التصرفات او قال اجزت عتق عبدى او ان تكون فلانة زوجتى او ان يكون مالى لفلان لا يتم ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولى فقال ان ركن
العقد وهو الايجاب والقبول صدر من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات الحال انه لا ضرر فى انعقاده على التوقف انما الضرر فى ابرامه بدون اختيار
من له الاجازة فوجب ان ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا تركه فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد وما فيه
مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة بل هو الثابت فكان تصرف الفضولى هذا من باب الاعانة

ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له فلو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واختاه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفؤ والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذي قلنا لانه داخل في عموم فعل الخيرات وقد يتراخى حكم العقد عن العقد كما في البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشتري الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه في الحال على عقد الفضولي لا يوجب بطلانه والاولى ان يقال عقد يرجى نفعه وتتعقبه حكمه ولا ضرر في انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا راى المتعلق لا يقدر على اثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل اذا ليس من مصلحته وانما قلنا هذا لان قوله صدر من اهله ممنوع ويقول الشافعي ان اريد اهل العقد في الجملة فمسلم ولا يفيد وان اريد هذا العقد الذي فيه هو فضولي فممنوع بل اهله من له ولاية اثبات حكمه قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة يعني الغائبة من غير اذن سابق منها له فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فقبل آخر فبلغها فاجازت جاز وان لم يقبل احد لم يجز ولذلك ان كانت هي التي قالت جميع ذلك يعني يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا اني قد تزوجت فلانا يعني الغائب من غير اذن سابق له منه فبلغه الخبر فاجاز وان قال آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فقبل آخر عن الغائب فبلغه فاجاز جاز وان لم يقبل احد عن الغائب لم يجز وان اجاز هذا عند ابي حنيفة ومحمد رح على هذا التفصيل وقال ابو يوسف فيهما يجوز اذا اجاز الغائب وان لم يقبل احد وبقيت صورة ثالثة هي ان يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين ان قبل منه فضولي آخر توقف اتفاقا والا فعلى الخلاف فتحصل ست صور ثلاث اتفاقية وهي قول الرجل تزوجت فلانة او المرأة تزوجت فلانا او الفضولي زوجت فلانا من فلانة وقبل آخر فيها وثلث خلافية هي هذه اذا لم يقبل احد ثم قال وحاصل الخلاف الخ يعني اصل الخلاف اختلافهم في ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب او وكيلا او وليا وقيده بعضهم بما اذا تكلم بكلام واحد اما اذا تكلم بكلامين يتوقف بالاتفاق ذكره في شرح الكافي والحواشي ولا وجود لهذا التقييد في كلام اصحاب المذهب بل كلام محمد على ما في الكافي للحاكم ابي الفضل الذي هو جمع كلام محمد مطلق عنه واصل المبسوط ما قال عنه قال ويجوز للواحد ان ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين اذا كان وليا لهما او وكيلا ولا يجوز ذلك اذا كان وليا او وكيلا لاحدهما دون الآخر او لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما وعبارة المبسوط ايضا كذلك وانما هو من التصرفات والظاهر ان منشاه ما نقل من المبسوط من ان اصل الخلاف في هذه الصور ان شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم قال آخرا يتوقف فاخذ منه ان الفضولي لو تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق يعني انه عقد لا شطر وان الخلاف فيما اذا تكلم بكلام واحد وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الاطلاق وتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضوليا من الجانبين وقوله في الهداية في وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح في ان عدم توقف الشطر اتفاقي لان الالتزام لا يقع الا بمتفق والا لم يصح فيخالف ما في المبسوط وهو الراجح لانه لا يعلم خلاف في انه اذا اوجب احد المتعاقدين البيع والنكاح فلم يقبل الآخر في المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق على ان شطر العقد لا يتوقف والا لجاز ان يقبل في مجلس آخر فيتم النكاح والبيع عند ابي يوسف رح وليس كذلك والحق ان مبنى الخلاف في ان ما يقوم بالفضولي عقد تام او شطر فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين قوله هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ اتفاقا وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع كلامه مقام كلامين فاذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لانه لا فارق الا وجود الاذن وعدمه واثره ليس الا في النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف وحاصله قياس صورة عدم الاذن على صورة الاذن في كونه عقدا تاما بشبه ثبت انه موجبا لتوقف بالغاء الفارق وقوله وصار كالخلع يعني من جانبه والطلاق والاعتاق على مال

ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق

قياس على صور لغوي بما إذا قال خالعت امرأتي أو طلقتها على ألف وهي غائبة فبلغها فأجازت جاز وكذا أعتقت عبدي على ألف فبلغه فأجاز جاز كالأولى ولنا أن التعاقد تشطر العقد فيتشطر ولا يتوقف أما الثانية فبالاتفاق وأما الأولى فلأنه شطر حال الحضرة أي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة الغيبة لأنه لا فرق بحال إلا أن يتكلم بكلامين حالة الغيبة وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما إلا أن كون كلام الواحد عقدا تاما هو كونه أثرا مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية عن الآخر وهذا لأن العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين وكلام الواحد ليس كلام اثنين إلا حكما لإذنهما له أو ولاية له ولا إذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتضمن هذا التقرير منع كون الإذن ليس أثره إلا في النفاذ بل تأثيره في النفاذ يستلزم تأثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه كلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تأثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما إلا أن كون الكلام عقدا تاما لازم شرعي مساو للنفاذ ولا إذن في الفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع وأختيه لأنه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لأنه تعليق الطلاق والعتق بقبولها المال فيتم به إذ ليس عقدا حقيقيا وكذا لو كانت هي التي بدأت بأن قالت خالعت زوجي على ألف لم يتوقف لأنه من جانبها معاوضة وعورض بأنه لو كان تعليقا لم يبطل لكنه يبطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول بطل وليس لها أن تقبل بعده أجيب لا يلزم من كونه تعليقا أن لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله أنت طالق إن شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا منه **فروع** للفضولي في النكاح أن يفسخه قبل الإجازة عند أبي يوسف رحمه الله حتى لو أجاز من له الإجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول أبي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد رحمه الله ويفرق بأن حقوق العقد في البيع ترجع إلى الفضولي بعد الإجازة لأنه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وتثبت الإجازة بأجزت ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا وأحسنت وأصبت على المختار واحتمال الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الإجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وجيه وكذا إذا هنأه فقبل التهنئة لأنه دليل الرضا وكذا إذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لأن تمرده يقتضي حمله على ما يناسبه من المتاركة وسياق الكلام فيه ولو زوجه الفضولي أربعا في عقدة وثلاثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان إجازة لنكاح ذلك الفريق لأن الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فأنكر ثم طلقها أو قالت لرجل طلقني يكون إقرارا بالنكاح الصحيح لأن دعواها لم يبطل كونها كذبا وتمردا ليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا إذن سيده وقوله بالفارسية باك نيست إجازة على ما اختاره أبو الليث لأنه يستعمل للإجازة ظاهرا وشك في ذلك في المرأة وقبول المهر إجازة وقبول الهدية ليست بإجازة لأنه لا يتوقف حلها على النكاح بخلاف المهر

قوله ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه ثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما هذا شروع في مسائل الوكيل ولا تشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل وإنما ينبغي أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل إياها وقوله لم تلزمه واحدة منهما يعني إذا لم يعينها للوكيل وكأنه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك أما إذا عينها فزوجه إياها مع أخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة ولو زوجه إياهما في عقدتين لزمه الأولى وتوقف الثانية لأنه فضولي فيه ولو أمره بثنتين في عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو أمره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لأن الجملة في البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر إلا أن قال لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة واحدة ثم أفاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى تنفيذ إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها إذ له أن يجيز نكاحهما أو نكاح إحداهما وإنما هو لازم كما ذكره إلا أن لزوم عدم

ومن امر اميرا بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزويج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم

امكان تنفيذهما وتقييدهما بهما شرعا وسعينا فاتحق اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احدهما لغير عينها ولبيان الى الزوج ثم رجع لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فليذكر من فروعه فالوكيل اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده وليس منه ما اذا امره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك واما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما بل للفعل اذا لم يتمحض زنى بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح بالف فلم ترض المراة حتى زاده الوكيل ثوبا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى ضرر لان الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لانه متبرع ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك بخلاف ما لو امره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو امره بيضاء فزوجه سوداء او على العكس او من قبيلة فزوجه من اخرى او بامة فزوجه حرة لا يجوز ولو زوجه مدبرة او مكاتبة او ام ولد جاز قوله ومن امر اميرا ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا والتقييد بالامير مطلقا وان كان امير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق اولى فحاصل المسئلة اذا امر غيره بتزويجه فزوجه امراة لا تكافيه ولا تهمة ولو زوجه امة لغيره او عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو قوله خلافا لهما ولو زوج وكيل المراة المراة غير كفو قيل هو على الخلاف وقيل الصحيح انه لا يجوز اتفاقا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان المراة تعير بغير الكفو فتقييد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعير بعدم كفاءتها له لانه مستفرش والملي لا يغيظه دناءة الفراش اما لو كانت امة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امراة فزوجته نفسها او وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل بنته او بنت ولده او بنت اخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة ولهما ان المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالاكفاء قلنا العرف مشترك اي الواقع من اهل العرف تزوجهم بالمكافيات وغير المكافيات فليس مختصا بتزويج المكافيات لينصرف الاطلاق اليه او عرف عملي فلا يصلح مقيدا للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ يقيده ولا يخفى ما في هذا الوجه وقولهم في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة بنفسه اذ ليست العادة الا عرفا عمليا فالاولى الاول قال الاسبيجابي قولهما احسن للفتوى واختاره الفقيه ابو الليث وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافية اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا في المسائل المعلوم والحق ان قول ابي حنيفة رحمه الله ليس قياسا لانه اخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في اي الاستحسانين اولى وفي وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على ان الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال اذ ظهر ان قولهما ليس بناء عليه بل على ان الظاهر ان الاستعانة لا تحصل الا التحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل احد يقدر على ذلك هذا والوكيل بتزويج امراة بعينها تملكه بالغبن اليسير اجماعا والفاحش عنده خلافا لهما والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا ان التهمة

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح

في حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغني فيه عنه فتمكنت تهمة انه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله للموكل ومعنى لا يجوز ههنا لا ينفذ النكاح الا ان يجيزه وكذا ان سمى الوكيل مثلا الفا فزوجه باكثر فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار ان الوكيل لم يخالف اذ لم يعلم بخلافه بخلاف ما لو علم فدخل بها فان فارقها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل او الرسول ضمن المهر واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل او الرسول نصف المهر وليس له ان يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لانه لما لم يمتثل صار فضوليا ولو كانت هي الموكلة وسمت الفا مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان اقر الزوج ان المراة لم توكله بدينار فهي بالخيار ان شاءت اجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها لانها لما ردت تبين ان الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقي الجواب بحاله قال المصنف في التجنيس يجب ان يحتاط في مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه اولاد ثم تنكر المراة قدر ما زوجها الوكيل به ويكون القول قولها فترد النكاح وكذا هذا في سائر الاولياء اذا كانت المراة بالغة وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل اصل المبسوط قال اذا ارسل الى المراة رسولا حرا او عبدا صغيرا او كبيرا فهو سواء فاذا ابلغ الرسالة فقال ان فلانا يسالك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها زوجته وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فان ذلك جائز اذا اقر الزوج بالرسالة او قامت عليه بينة فان لم يكن احدهما فلا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى ان مثل هذا بعينه في الوكيل ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجري في الوكيل لا باس بذكرها قال فان كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد امرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان اقر بذلك او ثبت ببينة والضمان لازم للرسول ان كان من اهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمراة على الرسول نصف المهر لانه مقر بانه امره بذلك وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا يبين لك ان لا فرق في هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال في المبسوط فقيل ما ذكر هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وهناك قول محمد وابي يوسف الآخر بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فتنفذ بالفرقة قبل الدخول وسقط نصف المهر وعلى قول محمد رحمه الله لا ينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه هذه انه انكر وجوبه عليه وهو يملك اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يمكنه قال فان كان الرسول قال لم يامرني ولكني ازوجه واضمن عنه المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة كالاذن في الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شيء لان اصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل

باب المهر حكم العقد فيعقبه في الوجود فعقبه اياه في البيان ليحاذي بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي قوله ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهر لا خلاف في ذلك لان النكاح عقد انضمام يعني ليس ماخوذا في مفهومه المال حتى يفتقر وجوده اليه الا ان قوله عقد لا يستلزمه الا اذا ثبت ان مفهومه زيادة شروط وهو منتف اذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى وهو ان المهر ايضا [illegible]

وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل

شرعا حكما اما حيث افاده بقوله فلا يحتاج الى ذكره اذا لم يسم اما انه لشرف المحل اما انه وجب شرعا فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم تقييد الاحلال به واما اعتبارا وحكما فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض يفيد صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم واما انه ابانة لشرفه فلعقلية ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة والا لوجب تقديم تسميته فعلمنا انه ليس بدل المنفعة وهذا الاظهار خطره والاستهانة به واذن فقد تاكد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المهر فحصل ان المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك يثبت مهر المثل عند عدم تسمية المهر **قوله** وكذا اذا تزوج بشرط ان لا مهر لها اي يصح النكاح وفيه خلاف مالك رحمه الله وجه قوله ان النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط ان لا ثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط ان لا مهر وكان مقتضى هذا ان يفسد بترك التسمية ايضا الا انا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود في المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على ان المهر عين حكما شرعا والا لما تم بدون التنصيص عليه اذ لا وجود للشيء بلا ركنه وشرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت به كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه وبهذا ظهر ان ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت هذا ويصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى في كونه دينا فان هلك وبه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها ان ترد ما زاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها ان تحبسه بالمتعة في قول ابي يوسف الآخر وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشيء يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة وجه الآخر انها دين آخر لانها ثياب وهي غير الدراهم والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ما اذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك بل يضمن تمام قيمته ففي قوله الاول لا ضمان عليها لانها حابسة بحق وفي الآخر يضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها ولكنها في قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لها ان تطالبه بها **قوله** واقل المهر عشرة دراهم فضة وان لم تكن مسكوكة بل تبرا وانما شرط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد هذا عندنا وعند مالك رحمه الله ربع دينار وعند النخعي اربعون وقال الشافعي واحمد رحمه الله ما يجوز كونه ثمنا لانه حقها اذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه ابراء واستيفاء فيكون التقدير اليها ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيكم سقت اليها قال وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك اولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة وثلث وقيل النواة فيه نواة التمر وعن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا او تمرا فقد استحل رواه ابو داود ولان قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وانتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يتزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة رواه الدارقطني والبيهقي وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما افاد ظاهره كونه اقل من عشرة على انه المعجل وذلك لان العادة عندهم كان تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء الى انه لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لما نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس ان عليا لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال

من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة

اعطها درعا فاعطاها درعه ثم دخل بها لفظ ابي داود ورواه النسائي ومعلوم ان الصداق كان اربعمائة درهم وهي فضة لكن المختار الاول تقبله
لما روت عائشة رضي الله عنها قالت امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابو داود فيحمل المنع المذكور على
الندب اي ندب تقديم شيء ادخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها واذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث وكذا يحمل
امره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على انه تقديم شيء تألفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك رواه ابو داود وهو محمل رواية
الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات وقيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن
ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر اقل من عشرة دراهم
رواه الدارقطني والبيهقي وقال محمد بلغنا ذلك عن علي ثم عبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك الا سماعا لكن فيه داود الاودي عن الشعبي عن علي رضي الله عنه وداود هذا ضعفه ابن حبان والحق ان وجود ما ينفي
يجب الظاهر لتقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث
الترمذي وابن ماجه انه صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذي وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم ادوا العلائق قيل وما العلائق
قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من اراك وحديث الدارقطني عن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يضر احدكم بقليل من ماله تزوج او بكثير بعد
ان يشهد الا انها مضعفة ما سوى التمس فحديث من اعطى فيه اسحق بن جبريل قال في الميزان لا يعرف وضعفه الازدي ومسلم بن رومان
مجهول ايضا وحديث النعلين وان صححه الترمذي فليس بصحيح فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش
الخطأ فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن السلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه ابو داود في المراسيل وفيه محمد بن
عبد الرحمن بن ابي ليلى ضعيف وحديث الخدري فيه ابو هارون العبدي قال ابن الجوزي قال حماد بن زيد كان كذابا وقال السعدي مثله مع احتمال كون تينك
النعلين تساوي عشرة وكون العلائق اريد بها النفقة والكسوة ونحوها الا انه اعم من ذلك واحتمال التمس خاتما في المعجل وان قيل انه خلاف الظاهر
لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على تعليمه اياها سورا ونفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله
تعالى بعد عد المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لم يقبل
ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعي في دلالته لانه متبع للقطعي فيستدعي ان يكون قطعيا فاما اذا كان خبرا واحدا فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر
ثابت بناءه على ما عهد من ان لزوم تقديم شيء او ندبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن ينفي كون الحمل على ذلك عملا بخبر واحد لم يصح عند المحدثين
يستلزم الزيادة على النص لانه يقتضي تقييد الاحلال بمطلق المال فالقول بانه لا يحل الا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل
قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقبيه قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم ثم ذلك المعين مجمل
فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما افاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على انه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة
والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر ايضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعني نفي المهر خالصة لك دون غيرك
قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير العشرة في تقدير المهر قياس حاصله المهر حق الشرع بالآية

ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان التسمية بما لا يصلح مهرا كعدمها ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل

وسببه اظهار الخطر للبضع على ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر لحبة حنطة وكسرة وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بماله خطر وذلك عشرة في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع وهذا في رد المختلف فيه الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة بعشرة دراهم ايضا المقدر في الاصل عشرة مسكوكة او ما يساويها ولا يشترط في المهر ذلك فلو سمى عشرة تبرا تساوي تسعة مسكوكة جاز اللهم الا ان يجعل ماسلا الا على انه مقدر خلافا للشافعي رحمه الله في نفيه **قوله** ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل قياسا على عدم التسمية بجامع ان تسمية الاقل تسمية ما لا يصلح مهرا وتسمية ما لا يصلح كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل وقولنا استحسان وله وجهان احدهما ان العشرة في كونها صداقا لا تتجزى شرعا وتسمية لبعض ما لا يتجزى تسمية لكله فهو كما لو تزوج نصفها او طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة فكذا التسمية لبعض العشرة والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله ان في المهر حقين حقها وهو ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف في حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة فقد اسقطت من الحقين فيعمل في مالها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فايجاب الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله ان التشبيه المذكور اما في الحكم ابتداء بان يدعي اندراج لتسمية ما لا يصلح في عدمها فثبوت الحكم فيها اعني وجوب مهر المثل ح بالنص والاجماع دون القياس ح يمنع الاندراج واما في الجامع فهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع اذ قياس الشبه الطردي باطل ولا يعلم ما هو الا ان يعينه عدم القدرة على تسليم شيء اذ لا قدرة على تسليم العدم بوجه ح فيمنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحشا وان عينه فوات الخطر الذي وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا فيجب ما يتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب واما افساد المصنف لقول لا معتبر بعدم التسمية الخ فيعني لا نسلم ان كما لا يصلح مهرا يكون كعدم التسمية في ايجاب مهر المثل لان عدمها يصار الى ان يكون لرضاها بالمهر فانه قد يكون بطلبها مهر المثل لمعرفتها انه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى بعدمه تكرما على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع فيه ظهور ذلك والا لتركوا التسمية راسا لان زيادة التسمية ح تكلف امر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع انه مختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر انها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه والا لكان اقرب مع انه لم يمس المبنى ثم فرع على الخلاف فقال ولو طلقها قبل الدخول اي في صورة التسمية ما دون العشرة فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة لان موجب هذه التسمية عشرة وعنده المتعة وفي المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا او موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا تعتبر قيمته وقت القبض انتهى وعلم مما ذكر ان المراد ثوب بغير عينه اما لو كان بعينه فانها تملكه بنفس العقد كما سيعلم **قوله** فلها المسمى ان دخل بها الخ هذا اذا لم تكسد الدراهم المسماة فان كان تزوجها على دراهم

وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله

التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فانما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما سيعرف **قوله** وبه يتأكد البدل اي يتأكد لزومه فانه كان قبل لزومها لكن على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة **قوله** والشيء بانتهائه يتقرر لان انتهاءه عبارة عن وجود تمامه فيستعقب مواجبه الممكن الزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل ان موتها ايضا كذلك فالاقتصار على موته اتفاق ولا اختلاف للاربعة في هذا سواء كانت حرة او امة **قوله** وان طلقها قبل الدخول والخلوة اي بعد ما سمى فلها نصف المهر ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المراة في النصف الا بقضاء او رضا لان الطلاق قبل الدخول اوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فاولى ان لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو اعتق الزوج الجارية المهر بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمراة نفذ عتقه في نصفها عنده وعندنا لا ينفذ في شيء منها ولو قضاء القاضي بعد عتقه بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد اذا اعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ولو اعتقها المراة بعد الطلاق نفذ في الكل وكذا ان باعت او وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي عندنا واذا انفذ تصرفها فقد تعذر ردها والنصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطيت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطي في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بكرا فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يوجب الا نصف المهر عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح كماله واختلف الرواية عن ابي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع ابي حنيفة **قوله** والاقيسة فيه متعارضة جواب عن سوال مقدر هو ان الآية وهي قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام في المفروض اعلى حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فانه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز ان يعارضه القياس ان وجد وقد وجد وهو انه في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كاعتاق المشتري العبد المبيع واتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى او يقال هو رجوع المبدل اليها سالما فكان كما اذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الاقيسة متعارضة فان مقتضى الاول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء اصلا فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما اورد من ان مقتضى العبارة ان المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن ان القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في احدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السوال على الوجه المذكور لا يتوجه لان تمام معنى الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السوال بان النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب ان لا يجب شيء باطل لانه ح نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء وليس نسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض باخراجه من الاخراج وتقريره ولا على انه جواب سوال يرد عليه ما ذكرنا انه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص الا ان يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر **قوله** وشرط يعني القدوري رح في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ان يكون قبل

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رح لا يجب شئ في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الاية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر

الخلوة لانها كالدخول عندنا في تاكد تمام المهر بها قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ الحاصل ان وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا سواء سكت عن المهر او شرط نفيه او سمى في العقد وشرط رده او مثله من جنسه وصورته ان تزوجها على الف على ان ترد اليه الفا صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لان الالف بمقابلة مثلها بقي النكاح بلا تسمية بخلاف ما لو تزوجها على الف على ان ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف على مائة دينار ومهر مثلها فما اصاب الدنانير يكون صرفا يشترط فيه التقابض وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف اقل من عشرة تكمل العشرة ومن صور وجوبه ان تزوجها على حكمها او حكمه او حكم آخر لانه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا ان في الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل او اكثر صح او دونه فلا الا ان ترضى والبها ان حكمت بمهر مثلها او اقل جاز او اكثر فلا الا ان يرضى والى الاجنبي ان حكم بمهر المثل جاز لا بالاقل الا ان ترضى ولا بالاكثر الا ان يرضى وكذا اذا تزوجها على ما في بطن جاريته او اغنامه لا يصح بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما في البطن بعرضية ان يصير مالا بالانفصال وان لم يكن مالا في الحال والعوض في الخلع يحتمل الاضافة كما الخلع بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله ومثله ما يخرج نخله وما يكتسب غلامه قوله او مات عنها وكذا اذا ماتت هي يجب ايضا مهر المثل لورثتها قوله وقال الشافعي رح يعني في قول عنه لا يجب في الموت شئ للمفوضة وهو قول مالك رح في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا قوله واكثرهم اي اكثر اصحابه قوله له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء اي بعد التسمية ولا يخفى ان هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر ولان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة حسبها الميراث ولنا ان سائلا سال عبد الله بن مسعود رض عنها في صورة موت الرجل فقال بعد شهر اقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطاء فمن ابن ام عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله عنه بريئان ارى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان ابو الجراح حامل راية الاشجعين فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امراة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك هذا ففرح ابن مسعود رح فرحا لم يفرح مثله قط بعد اسلامه وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروى بفتحها هكذا رواه اصحابنا رح وروى الترمذي والنسائي وابو داود هذا الحديث بلفظ اخصر وهو ان ابن مسعود قال في رجل تزوج امراة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثله هذا لفظ ابي داود وله روايات اخر بالفاظ قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث واسانيدها صحاح والذي روى عن علي رض فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوي الا ابا بكر الصديق رض ولم ير هذا الرجل يحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك وممن انكر ثبوتها عنه الحافظ المنذري قوله ولنا ان المهر وجب حقا للشرع اي وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمناه آنفا وانما يصير حقها في حالة البقاء اي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق اخذه فتمكن ح من الابراء المصادف حقها دون نفيه ابتداء لمن ان يجب قوله ثم هذه المتعة اي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد واجبة عندنا وعند الشافعي واحمد رح وخصها احترازا عن غيرها من النساء فان المتعة لغيرها مستحبة الا من سنذكر وقوله رجوعا الى الامر هو قوله تعالى ومتعوهن عقيب قوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة اي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف الى المطلقات قبل الفرض والمسيس بخلاف المدخول بها فان المتعة

وفيه خلاف مالك رحمه الله والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملاً بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل

وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف **قال** فان زادها في المهر بعد العقد

مستحبة لها فرض لها او لا **قوله** وفيه خلاف مالك فمذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور الا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض الا ان تجئ الفرقة من جهتها في جميع الصور ووجه قوله تعليقه بالمحسن اعني الامر المذكور بقوله سبحانه عقيبه حقا على المحسنين وهم المتطوعون فيكون ذلك قرينة صرف الامر المذكور الى الندب والجواب منع تخصيص المحسن بالمتطوع بل هو اعم منه ومن القائم بالواجبات ايضا فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفا الامر عن الوجوب مع ما انضم اليه من لفظ حقا وعلى **قوله** والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة قدر بها لانها اللبس الوسط لانها تصلي وتخرج غالبا فيها وفي المبسوط كسوة المتعة درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وحيث قدروه بها مع فهم اللغة ليعرف منه ان لفظ متعة لا يقال في اعطاء الدراهم بل فيما سواها من الاثاث والامتعة وهو المتبادر الى الفهم ايضا فلا يقدر بالدراهم وان لم يمتنع ان يقع على الدراهم ايضا لان الشأن في المتبادر من اللفظ وعن الشافعي رحمه الله تقديرها بثلاثين لا باجتهاد الحاكم وما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين او حالهما لان الاثواب معتبرة بحالهما على ما هو الاشبه بالنفقة لان في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة وهو منكر بين الناس وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير اليه قول القدوري من كسوة مثلها وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فانها انما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه وهكذا في النفقة والكسوة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم واطلاق الذخيرة كونها وسطا لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأيا من الثلاثة الا اعتبار حاله او حالها او حالهما وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد يقال ان هذا يناقض قولهم ان المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لانها خلفه فان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز وان كان نصف مهر المثل اقل من المتعة فالواجب الاقل الا ان ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة وهذا كله نص الاصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها وهذا لان مهر المثل هو العوض الاصلي لكنه تعذر تنصيفه بجهالته فيصار الى المتعة خلفا عنه فلا يجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لان اقل المهر عشرة ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لانه يسقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك اجيب بان النكاح الذي فيه التسمية في المال اقوى من نكاح لا تسمية فيه وفي الاقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول اكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزاد بالطلاق قبل الدخول على نصفه ثم لا تجب المتعة الا اذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والايلاء واللعان والجب والعنة وردته وابائه وتقبيله امها او ابنتها بشهوة وان جاءت من جهتها فلا تجب كردتها وابائها وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وكما لا تجب المتعة بسبب مجئ الفرقة من قبلها لا تستحب لها ايضا لجنايتها ومقتضى هذا ان لا تستحب في خيارها فينبغي ان يقال بجنايتها او رضاها به واستحباب المتعة لايجابها بالطلاق وكذا لو فسخه بخيار البلوغ او اشتراها هو او وكيله منكوحته او باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة وكل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها وفي كل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى ومهر المثل ان لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه وقيل كله ثم يجب النصف بطريق المتعة **قوله** وعلى قول ابي يوسف الاول اشارة الى ان قوله الآخر كقولهما **قوله** فيتنصف بالنص يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم فانه يتناول ما فرض في العقد او بعده بتراضيهما او بفرض القاضي فان لها ان ترفعه الى القاضي ليفرض لها اذا لم يكن فرض لها في العقد **قوله** ولنا ان هذا تعيين لمهر المثل وذلك لان هذا العقد حين انعقد موجبا لمهر المثل لان ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر او ثبوت اللازم لا يتخلف عنه

لزمته الزيادة خلافاً لزفر رحمه الله وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول أبي يوسف رحمه الله أولاً تتنصف مع الأصل لأن التنصيف عندهما يختص

بثبوت اللازم فإذا كان الثابت به لزوم مهر المثل تنصف إجماعاً فلا يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف في النص أعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حمله على المفروض في العقد بالضرورة لأنا لما بينا أن المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وأن الإجماع على عدم تنصيف ما لزم بالضرورة أن المتنصف بالنص ما فرض بالعقد على أن المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجبه في العقد فيتقيد كذلك نصف ما فرضتم ضرورة أن المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد وهذا من باب تقييد للعرف العملي بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال أو هو عرف عملي ولا يصلح مقيداً للفظ وقد بينا أن الحق التقييد به وفي النهاية والدراية لا يتناول غيره أي غير المفروض في العقد لأن المطلق لا عموم له وليس بشيء لأن المطلق المتعرض للذات يتناول المفروض على أي صفة كانت سواء كان في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي عليه لو رافعته يفرض لها فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وأن الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه وهو لا يتنصف إجماعاً فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ولأن غيره غير متبادر لندرة وجوده **فرع** لو عقد بلا تسمية ثم فرض لها داراً بعد العقد ولا شفعة فيها للشفيع لما قلنا أن المفروض بعد تقديره مهر المثل لا مهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان سمى في العقد ثم باعها به الدار فإن فيها الشفعة لأنها ملكت الدار شراء بالمهر وإن طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لأنها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق **قوله** لزمته الزيادة خلافاً لزفر والشافعي رحمه الله لأنها لو صحت بعد العقد لزم كون الشيء بدل ملكه قلنا اللزوم منتف على تقدير الالتحاق بأصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فإنه يتناول ما تراضيا على إلحاقه وإسقاطه ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على ألف فإن قبلت لزمت وإلا فلا لأن هذه زيادة وقبولها شرط في اللزوم ويناسب هذه مسئلة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقدا في العلانية بأكثر منه إن اتفقا على أن العلانية هزل فالمهر مهر السر وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت فالقول لها بهذا إن اتحد الجنس فإن اختلفا فإنه ينعقد بمهر المثل ولو عقدا في السر بألف وأظهرا ألفين فكذلك إن اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر وإن اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها أنه مهر سر وأقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقدا في السر بألف ثم عقدا في العلانية بألفين وأشهدا أن العلانية سمعة فالمهر ما في السر وإن لم يشهدا قال الصدر الشهيد عند أبي حنيفة رحمه الله المهر مهر السر وعند محمد مهر العلانية وذكر القاضي الإمام أبا يوسف مكان محمد وجعل محمداً مع أبي حنيفة قال لو تزوج امرأة بألف ثم جدد بألفي درهم اختلفوا فيه ذكر خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا تلزمه الألف الثانية وعلى قول أبي يوسف يلزمه الألف الثانية وذكر في المحيط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وفي شرح الطحاوي تزوجها على ألف ثم على ألفين لا يثبت الثاني خلافاً لأبي يوسف وعلل عدم الثبوت بأنهما قصدا إثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه النقول على أن قول أبي حنيفة عدم الثاني وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي الشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوجها في العلانية بألفين فمهرها ألفا درهم ويكون هذا زيادة في المهر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف المهر هو الأول وهذا هو ظاهر المنصوص في الأصل وعليه مشى شمس الأئمة أن عند أبي حنيفة رحمه الله المهر مهر العلانية قال في المبسوط إذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول لأن العقد الثاني بعد الأول لغو وبالإشهاد علمنا

بالمفروض في العقد وعندهما المفروض بعده كالمفروض فيه على مامر وان حطت
عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته
وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رح لها نصف المهر

انما قصدا الهزل بما سمياه فيه وان لم يشهدا على ذلك فالذي اشار اليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا
عند ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف ومحمد رح المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه يلغو ومن عند ابي حنيفة رح ان
العقد الثاني ان كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني لما لغي صريح كلامه عندهما لم يعتق
العبد وعنده وان لغي صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق انتهى كلام شمس الائمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي
من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله اشار في الكتاب الى ان المهر مهر العلانية هو والله اعلم اطلاق اعتبار العلانية في الاصل فان عبارته فيه
اذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية باكثر منه يوخذ بالعلانية فالتسمية في العلانية يشمل ما اذا اشهدا على ان العلانية هزل غير مقصود
واذا لم يشهدا على ذلك وما اذا كان التسمية ليس في ضمن عقد بل مجرد اظهار على ما هو عكس اول صور المواضعة ونبهنا عليه او في ضمنه فما اخرجه الدليل
خرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الاول اذا اشهدا على هزلية الثاني واعترفا به مطلقا فبقي ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد ثان
مرادا اتفاقا وظاهر هذا انه لا خلاف فيه بينهم والله سبحانه اعلم ذكر عصام ان عليه الفين ولم يذكر خلافا وان ذكر في المحيط عنه انه ذكر في كتاب الاقرار انه لا تثبت
الزيادة فانما حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول ابي حنيفة البقالي ونفي الاصل لافادة قوله وكان القاضي الامام قاضي خان انما
افتى بانه لا يجب بالعقد الثاني شيء الا اذا عني به الزيادة في المهر لما علم انه علة اعتبار العلانية فيما اذا جددا ولم يشهدا كونه زيادة لكن الاوجه الاطلاق فان
ذلك يقتضي ان يسال الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة الى ذلك لانه اذا كان الثابت شرعا
جواز الزيادة في المهر فالكلام الثاني يعطيه صادرا من مميز عاقل موجب الحكم بمقتضاه بل يجب انه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما
على ذلك نعم ويخال ايضا انه يجب الالفان مع الالف الاسر فيجتمع عليه ثلاثة آلاف لان الاول قد ثبت وجوبه ثبوتا لا مرد له والمفروض كون الثاني
زيادة فيجب بكماله مع الاول ومن ثم ذكر في الدراية من شرح الاسبيجابي جدد على الف ثبت التسميتان عند ابي حنيفة وعندهما لا يثبت الثانية وكذا
لو راجع المطلقة بالف وفي النوازل عن الفقيه ابي الليث رح اذا جدد يجب كلا المهرين وتوجيه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار ارادة الاول
ضمن الكلام الثاني لان الظاهر كون المقصود تغيير الاول الى الثاني والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والاطلاق المتظافر عليه كون المراد بكلام
الجمهور لزومه اذا لم يشهدا من حيث الحكم ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الامر ولا شك انما يلزم عند الله تعالى اذا قصد الزيادة فاما اذا لم يقصدا
حتى كانا هازلين في نفس الامر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في الحقيقة ويلزم ذلك في حكم القاضي لانه يواخذه بظاهر لفظه الا ان
يشهدا على هزله وما قيل انه لا يجب المهر الثاني الا اذا كانت قالت لا ارضى بالمهر الاول او ابرأته ثم قالت لا اقيم معك بدون مهر فاما اذا لم يكن هذا
البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي وحاصله اعتبار قرينة ارادة الزيادة واختلافهم فيما اذا كان التجديد بعد هبتها المهر الاول انه هل
وجوب الثاني على الخلاف او ان الاتفاق على عدم وجوبه بعيد اذ قد يخال كون الزيادة يستدعي قيام المزيد عليه وبالهبة انتفى قيامه
فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال انما يستدعي دخوله في الوجود لا بقاءه الى وقت الزيادة فصلح منشاء
للخلاف في ثبوته على الخلاف او عدم ثبوته بالاتفاق وفي الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها اشهد ان لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه
والمختار عند الفقيه ابي الليث ان اقراره جائز اذا قبلت ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما امكن وقد امكن بان يجعل كانه زاد لها

لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور

في المهر انما شرطنا القبول لان الزيادة في المهر لا تصح الا بقبول المرأة انتهى والخلاف المشار اليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذي قبله لانه في صورة جهتها المهر والقيد وهو قبول الا ان الصحيح لا يخالف المنقول عن ابي حنيفة وذلك لان المنقول هو ما اذا جددا عقدا ثانيا باكثر مما يفيد اجتماعهما على الامر الثاني وذلك يفيد قولها الثاني بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فان المذكور فيها ان الزوج اقر او شهد ونحوه ولا يستلزم ذلك **قوله** لان المعقود عليه وهو منافع بضعها انما يصير مستوفى بالوطي ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء ولا يجب كمال المهر **قوله** ولنا انها سلمت المبدل الخ يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم **قوله** اعتبارا بالبيع والاجارة يعني ان الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والاجارة الموجب فيها التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم اليه وان لم يستوف المشتري والمستاجر منفعة اصلا فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل اولى واما قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فالمجاز فيها متحتم لانه اذا حمل المس على الوطي كما يقول فهو من اطلاق اسم السبب على المسبب والاوجه انه من اطلاق اسم المطلق على اخص بخصوصه وان حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب اذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن وترجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة او نظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل رواه الدارقطني والشيخ ابو بكر الرازي في احكامه وقد يقال يجب ان لا يعتبر مناخلاف الاول مجازا الا مجاز يعم الحقيقة والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيهما والالزم انه لو طلقها وقد وطيها بحضرة الناس وجب نصف المهر لانه طلقها قبل الخلوة والفرض انها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة ويجاب بان ثبوت الكمال في الصورة بالاجماع للاجماع على انه تسليم المبدل مع اوجماع على وجوب كماله بالخلوة كما نقل الشيخ ابو بكر الرازي في احكامه حيث قال هو اتفاق الصدر الاول وحكى الطحاوي فيه اجماع الصحابة وقال ابن المنذر هو قول عمر رض وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم اجمعين ويوافقه قوله تعالى وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض اوجب جميع المهر بالافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول في الفضاء قاله الفراء فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذي هو معنى النص مخصوصا اخرج منه الصورة التي اوردناها والدليل على وجوب المخصص الاجماع المذكور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنا بامرأة ثم تزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزويج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة **قوله** وان كان احدهما مريضا شروع في بيان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوي فيه جماعة قال الخلوة الصحيحة ان يخلو بها في مكان يامنان اطلاع الناس عليهما كدار او بيت دون الصحراء والطريق الاعظم والسطح الذي ليس على جوانبه ستر وكذا اذا كان الستر رقيقا او قصيرا بحيث لو قام انسان يطلع عليهما وان لا يكون بها مانع من الوطي حسا او طبعا او شرعا انتهى ومن فصل الموانع فذكر منها الرتق والقرن والعفل وان تكون صغيرة لا تطيق الجماع او هو صغير لا يقدر عليه قال بعضهم يشتهي ويتحرك آلته ينبغي ان يجب كمال المهر واذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين ان يكون بصيرا او اعمى يقظان او نائما بالغا او صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم فان كان صغيرا لا يعقل او مجنونا او مغمى عليه لا يمنع وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وزوجته الاخرى مانعة اليه رجع محمد رح والجواري لا تمنع وفي جوامع الفقه جاريتها تمنع بخلاف جاريته وفي شرح المجمع في امته روايتان والكلب العقور يمنع وغير العقور ان كان لها منع او له لا يمنع وعندي ان كلبه لا يمنع وان كان عقورا لان الكلب قط لا يعتدي

وهذا التفصيل في مرضها وأما صوم رمضان فلما يلزمه من القضاء والكفارة والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وإن كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض بخلاف العنين لأن الحكم أدير على سلامة الآلة ولأبي حنيفة رحمه الله أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به **قال** وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر لأنه مال لا يحتاط في إيجابه ذكر القدوري في شرحه أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لعدم التمكن حقيقة **قال** وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهي صحيحة ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام وقال شداد إن كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر على قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له إذا كانت ظلمة شديدة والأوجه أن لا تصح لأن المانع الإحساس ولا يختص بالبصر ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إبصار له للإحساس ولا تصح في بستان ليس له باب وتصح في محمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وإن كان نهارا والمحمل والقبة كذلك ولو كانا في حجرة من خان يسكنه الناس فردا الباب ولم يغلق والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت وإن كانوا مترصدين لا تصح وهذه الموانع من قبيل الحسي ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبي الليث وتصح عند الفقيه أبي بكر وكذا لو كانت نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح فرعان الأول لو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر الثاني للزوج أن يدخل بزوجته إذا كانت تطيق الجماع ولا تقدير وقد قدر بالبلوغ وبالتسع واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الأحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الإحصان وحلها للأول والرجعة والميراث وحرمة البنات يعني إذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا وإذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة والاحتياط الواجب في هذه الأحكام وفي شرح الشافي ذكر تزوج البنت على عكس هذا ففيه خلاف وأما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والأشبه وقوعه لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب أن يقع احتياطا **قوله** وهذا التفصيل في مرضها قال الصدر الشهيد هو الصحيح **قوله** وهذا القول أي رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غيرها وهو أنه لا يباح إلا بعذر وقد قدمناه في كتاب الصوم بحثا أن رواية المنتقى في جواز الإفطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لأنه يمنع الجماع ويجعله آثما فيه من إبطال العمل **قوله** أدير على سلامة الآلة يبطل أن خلوة العنين صحيحة وهو كذلك بالاتفاق **قوله** والعدة واجبة في جميع المسائل أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا إلى التمكن الحقيقي وكذا في المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبي سليمان وذكر التمرتاشي إن علم أنه ينزل يثبت وإن علم بخلافه فلا عليها العدة والأول أحسن وعلم القاضي بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر أو يتعسر قال العتابي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أو حقيقة فقيل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء **وقوله** والعدة حق الشرع ولذا لا تسقط لو أسقطاها ولا تحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد والولد أي وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره فلا يصدقان في إبطالها باتفاقهما على عدم الوطء بخلاف المهر لأنه مال فلا يحتاط في إيجابه غير أن في وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملا **قوله** وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل وما قاله قال التمرتاشي وقاضيخان ويؤيده ما ذكره العتابي [illegible] الأوجه على هذا أن يخص الصغير بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما وعلم أن المراد لوجوب العدة بالخلوة إنما هو في النكاح الصحيح أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول **قوله** وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا أي لكل من المصنف والأخت إشكال أما الأول فإن المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرا داخلة

وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقه المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر. ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه المتزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رح بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

في موضع المتعة واجبة لها واما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والمعراج المتعة تستحب لها لا تجب لان الاول لان الاستحباب مستعمل في اعم من الوجوب يعني انه بالمعنى اللغوي او هو عام مخصوص بالصور السابقة وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها فكأنه قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الشافعي انه قول القدوري تبعه فيه وفي بعض مشكلات القدوري المتعة اربعة اقسام واجبة وهي ما تقدم ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها لان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح ان هنا تغييرا وقع من الكاتب فذكر بعضهم ان في بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ونقل في الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد قوله وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه وعن احمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك وجه قول الشافعي انها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص واما في المدخول بها فلان وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فيجب فيها للايحاش واما التي لم يدخل بها وقد سمى لها فالموجب نصف المهر لها الثابت بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم بطريق المتعة اي بطريق ايجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة اخرى والا تكررت وقوله فسخ مجاز لانه وقع طلاقا حتى انتقص عدد الطلاق لكنه كالفسخ من جهة انه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكره على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانه فسخ ثم يجب بطريق المتعة بخلاف القول المحقق انه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله ايضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين خص منها تلك المطلقة بنص نصف ما فرضتم جعله تمام حكمها وبه يحمل قوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها لتعليقه ان نصف مهرها بطريق المتعة قوله ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة بكسر الواو وقد يقع به اسجاع لانها مفوضة نفسها الى وليها والى الزوج وبفتحها اي فوضها وليها الى الزوج وهي التي زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب في الاصل وهي المفوضة الايحاش وابطال مناسبته للعلية آخرا بقوله وهو غير جان في الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه اقرب الى فهم من علم انه تعالى اسقط ما كان واجبا لها ثم اوجب لها شيئا آخر مكانه وعلم ان لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصلي والفاجرة ولا سقوط في المدخول بها مطلقا فلا تجب لها لانتفاء العلة المساوية ولا نسلم ان ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير ان بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اما ان اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن لانهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن او يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها واما غير المدخول بها المسمى لها فمحمل الاتفاق وانما قيدنا الاستحباب في المدخولات بقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وهن مدخولات قوله واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر اي صداقا فيه وانما قيد به لانه لو لم يقل على ان يكون بضع كل صداقا للآخر او معناه بل قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على ان يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا لم يكن شغارا بل نكاحا صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب مهر المثل وقال الشافعي رح بطل العقد بالمنقول

وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأنه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره

والمعقول أما الأول فحديث عمر رض أخرجه الستة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعنه صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في الإسلام والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي إلى كل ولي يزوج موليته على أن يزوجه الآخر موليته كسيد الأمة يزوج أمته على تزويج الآخر موليته كذلك وأما الثاني فإن كل بضع صداق ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والإطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الأول أن متعلق النهي والنفي مسمى الشغار وهو مأخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا نثبت النكاح كذلك بل نبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير فما هو متعلق النهي لم نثبته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فظهر أنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبته لأن غاية ما ذكره ثبوت الاستحقاق وقد أبطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر بضعها فبقي كله منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وإنما استلزامه عدم موجب التعيين لعدم الأولوية **قوله** وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة فلها مهر مثلها وقال محمد رح في الجامع لها قيمة خدمته سنة ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول أبي يوسف فقال الهندواني ينبغي أن يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة وهو الأظهر والإمام يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير **قوله** وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين أي وجهي حرية الزوج وعبديته **قوله** ولنا المنافع على أصلنا قصر النظر على هذه النكتة يوجب أن لا يصح تسمية شيء من المنافع وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الأعيان ما خلا خدمة الحر ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر وهذا هو الموافق لما في جامع قاضي خان وشرح الشافي لنجم الدين عمر النسفي وما قال في البدائع لو تزوجها على منافع سائر الأعيان من سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه يعني أن تزرع هي أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه المنافع أموال أو ألحقت بالأموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محالها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها فيفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي الغاية معزيا إلى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها لأنه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة وأما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه وأنت إذا تأملت تعليل محمد رح وجوب قيمة الخدمة بأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال المقيد أنه لو أمكن تسليمه ألحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لاتحاد وتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب أن ينظر فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمتها وإن كان بأمره فإن كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى قيمتها وإن لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وإن كان غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر يصير أحق بها لأنه أجير واحد فإن صرفه في الأول فكالأول أو في الثاني فكالثاني وقد زال المهم الريب آخر قوله بخلاف خدمة حر آخر لعدم المناقضة والأصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوج عليها وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة وخدمة حر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج وعند الشافعي رح يجوز

[illegible]

اخذ الاجرة على هذه فصح تسميتها واختلفت الرواية في رعي غنمها وزراعة ارضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لقص قصتها

قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كان الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف **قوله** بخلاف رعي الاغنام الخ يعني انه لم يتمحض خدمة لما ان العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح المال اي يقوم كل بمصالح مال الآخر على انه ممنوع في رواية بخلاف الخدمة

بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل عالجامع وهو الاصح يعني على ان يزرع لها ارضها ويجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس

من باب الخدمة لما ذكرنا الا يرى ان الابن اذا استاجر اباه للخدمة لا تجوز ولو استاجره للرعي والزراعة تصح انتهى **فروع** واذا اعتق امة

وجعل عتقها صداقها كان يقول اعتقتك على ان تزوجيني نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوجه فان تزوجته فلها مهر مثلها

خلافا لابي يوسف له الحديث الصحيح انه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نص كتاب الله تعالى بعين المال فانه بعد المحرمات

احل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين الآية وقول الراوي ذلك كناية عن عدم

المهر يعني اعتقها وتزوجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وغاية ما فيه ان ما ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله

عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب ان بت ان تتزوجه لزمها قيمتها ولو كانت الجارية ام ولد فاعتقها على ذلك فابت قال ابو حنيفة رح لا تجب عليها

قيمتها لان رقها غير متقوم عنده ولو قالت لعبدها اعتقتك على ان تتزوجني بالف او على ان تعطيني الفا فقبل عتق فان ابى تتزوجها فعليه قيمة نفسه

وان تزوجها بالف قسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما اصاب الرقبة قيمته وما اصاب المهر فمهر ما يتنصف بالطلاق قبل الدخول **قوله** فان تزوجها

على الف وحاصل وجوهها اذا تزوجها على مسمى فاما من الدراهم او الدنانير او المكيل او الموزون غير المعين بخلاف المعين منهما فانه كالعرض واما من العروض

والحيوان معينا او في الذمة ففي الاول ان وهبت الكل او نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا او قبله لم يرجع بشيء

خلافا لزفر او بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما وقالا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النسبة حتى لو كانت وهبته اقل من النصف

وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقا قبضت او لم تقبض واوجب

زفر رجوعه بنصف قيمة العرض وجه الاتفاقية في الاول ان المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف في الذمة بل مثل يقع به المقاصة فظهر ان الواصل

اليه غير ما يستحقه بالطلاق اعني نصف المهر الا يرى ان لها ان تمسك ما اخذته منه وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقرير المعنى ما ظهر

الى ان الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الا معينة ويدل على انها ليست عين الواجب كونها لها ان تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق وجه

قول زفر في ثاني شقي الاول ان الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء وهو سببا عن الابراء وغيره

سبب عن الطلاق لما عرف من ان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا اصله حديث لحم بريرة فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل

اليه عين ما يستحقه فصارت كالاولى وجه الاستحسان ان المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين ثبت الطلاق لم يوفر شيئا

لعدم مصادفته شغل الذمة بالمهر وهو محل اثره لانه انما يظهر في فسخ الاثر بالاسقاط فلو اوجب شيئا آخر كما قال انه يرجع عليها بخمسمائة حين لم يكن ذلك غير

موجبه فصار كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله ثم حل الاجل لا يجب شيء آخر وقد تمت بهذا التقرير سقط عنك ما تخلف في دفع لزوم اختلاف

السبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالاعيان [illegible] الدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك

بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل

لاستحالة قيام الصفة بالصفة وهو وقع فاسدا لان ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك انما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية ثم يمكن جعل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين ما يستحقه وهو مراده ومنه من نصف المهر اليه اى عين ما يستحقه ذاتا الا من حيث السبب لا بأس ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود وسابقا فانه لم يوجد شيئا ووجه قولهما في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته اليه يرجع بنصفه ولا يخفى ان الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل لا البعض بل لانه لم يصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق وهو المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على ان الطلاق قبل الدخول اعادة نصف الصداق الى قديم ملك الزوج فيظهر ان الصداق الدين بذلك مشتركا بينهما يعني تبين ذلك والا فحال البتة كان ملكها خاصا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها لتكميل او موزون بين اثنين وهو في يد احدهما قبض نصفه كان المقبوض حقه فاذا ابرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي او الكل كان الواصل اليها عين ما يستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فظهر ان الحاقهما البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب وقوله والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح يعني ولهذا لو حطت حتى بقي اقل من عشرة صح ولا يلتحق غيره وتسمية ما دون العشرة في اصل العقد لا تصح وقيده بالنكاح لانه يلتحق في البيع باصل العقد ووجه الفرق ان البيع عقد معاينة ومبادلة مال بمال مرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط من العقد وفيه فالتحق باصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله الا يرى ان الزيادة فيه لا تلحق حتى لا تتنصف استيضاح بعدم الالتحاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة باصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه فاذا لم تلتحق بقي ابطالهم بلا جواب فالحق انها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ وانما لا تتنصف لان الانتصاف خاص بالمفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به وان وجه الحاقهما بالبيع وهو انه قد يكون خاسرا او زائدا مضرا بالمشتري فيرد الى العدل يجري في النكاح وحسرانه انه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة اليه فان تزوجها بنقصها عن مهر مثل اخواتها مثلا يعقب الندم لها وزيادته يعقبه ووجه قول زفر رحمه الله في العرض المعين هو احد قولي الشافعي في الجديد واختاره اكثر اصحابه ان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من ان السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فابى سيده ووجه الاستحسان ان الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلا لذمتها ليوجب وجوب تعريضها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق وحمل كلام الكتاب هنا عليه اسهل مما تقدم **قوله بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا** اى دراهم ونحوها فان الواصل اليه ليس عين ما يستحقه لعدم تعينها وبخلاف ما اذا باعت منه وجها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما يستحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه فكانه لم يصل اليه شيء ولو كان العرض او الحيوان في الذمة فكذلك الجواب اى لا يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض اما اذا لم تقبض فتقريره تقريره دينا واما اذا قبضته ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها ان تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت هذه المفارقة لان الاصل ان لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا تعين بالتسليم يصير كان العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء فيعطى حكمه وهنا تنبيه خلاف زفر رحمه الله في هذه ايضا لما عرف من اصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة وما ذكر في النهاية قال زفر في الدراهم

ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد

والدنانير المعينة لا يرجع اليها بناء على اصله في تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا ان تكون روايتان فيما تتعين واذ قد انجر الكلام الى شئ مما يتعلق باصهار العرض المعين فهذه فوائد تتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شئ بعينه لم تره فاتاها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده اذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص عن القيمة قدر ما لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير اما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في اثباته اذ الفائدة في اثباته التمكن من اعادة العوض الذي هو بدل المسمى كالمراة في النكاح وهذا يحصل بالبيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المراة بل غاية ما يجب برد المسمى فيه قيمته والقيمة ايضا غير مرئية واما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب لها صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فيجب قيمته كالعبد المغصوب اذا ابق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل تجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق هذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب في يد الزوج قبل التسليم تعيبا يسيرا فليس لها خياره وعن زفر لها الخيار او فاحشا فان بفعل الزوج فلها الخيار ان تضمنه قيمته يوم تزوجها او تاخذه وتضمن الزوج النقصان لانه اتلف جزءا من الصداق ولو اتلفه ضمنه فاذا اتلف بعضه لزمه قدره وعن ابي حنيفة اذا اختارت اخذه لا تضمنه النقصان واما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير انها لا تضمنه النقصان اذا اختارت اخذه واما بفعل الصداق نفسه ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لان فعله بنفسه هدر وعن ابي حنيفة انه كتعييب الزوج واما بفعلها فتصير قابضة له كله واما بفعل اجنبي فيجب ضمان النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير بين ان تاخذه وتضمن الجاني نقصانه او تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني وليس لها ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه هذا كله اذا دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ففي السماوي ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضته لتعذر رده كما قبضته وان شاء اخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان التعيب بفعل الصداق كالسماوي وكذا بفعلها لانه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها واذا كان بفعل اجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضته وكذا ان تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبي في ايجابه الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج ان ياخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فعليها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها او بفعله او بامر سماوي لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل اجنبي فالارش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها وقد وقع في مختصر الحاكم ابي الفضل ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء قال شمس الائمة في المبسوط وهو غلط بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه لم يثبت نسبه لان الاستيلاد في ملك المراة غير صحيح الا ان الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية ام ولد للزوج لعدم

وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه

ثبوت نسب ولدها منه ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لانه ما صنع في الولد شيئا انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما للملك وان ماتت الجارية عند المرأة او قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا واذ قد انجر الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفيه وحاصله من المبسوط ان الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والجمال وبياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها او مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فاما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة او متصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانه في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجود وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شئ من الثمن عند القبض واما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول ابي حنيفة وقولهما تتنصف مع الاصل وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يرد الكسب مع الاصل وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري عنده وعندهما للبائع لهما ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد فكما لا تسلم لها اذا بطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت او لا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سبب الملك في الزيادة وحجة ابي حنيفة رحمه الله ان سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا لسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح في الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو اما احتطاب العبد او اجارته نفسه او قبوله الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق غير ان المكتسب اذا لم يكن اهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لو صح الملك بينهما وقت الاكتساب وببطلان ملكه في الاصل لا يتبين انه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل فيسري اليه ملك الاصل لان يكون مملوكا بسبب حادث الا يرى ان ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض والكسب ليس مبيعا ولا يقابله شئ من الثمن وان قبض مع الاصل ولو قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق يثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فاما ان تكون غير متولدة او متولدة من العين وهي اما منفصلة او متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها لان الزيادة لا الاصل ولا بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بعيب يبقى الكسب سالما له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة وان كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم دفع اليها في ظاهر المذهب وعلى قول زفر رحمه الله يتنصف الاصل مع الزيادة في الطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق والكل

وان تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به

لو جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق الى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا اذا قبضها المشتري ثم زادت زيادة منفصلة فان البائع يسترد ما بزيادتها وروى ابن سماعة عن ابي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الاصل وعند ردتها يسترد منها الاصل مع الزيادة لان الردة تفسخ السبب من الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد لفساد البيع فيه يثبت الرد في الاصل والزيادة واما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم يكن في ملكه ولا في يده ويتعذر نصفه الزيادة يتعذر نصف الاصل وجه ظاهر الرواية انها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها والتنصيف عند الطلاق انما ثبت في المفروض في العقد وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما اذ لم يرد القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصيفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصيفها لتعذر تنصيف العين كالزيادة المنفصلة في البيع تمنع رد الاصل بالعيب اذا كانت حادثة بعد القبض هذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فانه لا يمنع الواهب من الرجوع في الاصل لان الهبة عقد تبرع فاذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض قد كان الاصل سالما له بغير عوض فيجوز ان تسلم الزيادة ايضا بغير عوض فاما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو اثبتنا الرد في الاصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض هي جزء من الاصل ولا يجوز ان يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة واذا تعذر تنصيف الاصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق انما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض وان كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند ابي حنيفة وابي يوسف رح هذه الزيادة كالمنفصلة سواء انما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه وعند محمد وزفر رح يتنصف الاصل بزيادته لان النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم او رده المشتري بعيب فانه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لان المتصلة كزيادة السعر الا ترى انها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف الموهوبة فان الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمها لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري الى الزيادة واذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الاصل لانه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فانه قبض ضمان بحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الاصل فيسري الى الزيادة كالبيع ولهما ان هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح لها فيكون سالما لها بكل حال كالمنفصلة واذا تعذر تنصيف الزيادة تعذر تنصيف الاصل لما قال محمد رح والدليل عليه ان الصداق في حكم الصلة من جهة لانها تملكه لا عوضا عن مال والمتصلة في الصلات تمنع رد الاصل كالموهوب وتاثير المتصلة في الصلات اكثر من المنفصلة حتى ان المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصيف الاصل فالمتصلة اولى ان تمنع فاما البيع فالصحيح ان عند ابي حنيفة رح وابي يوسف ان المتصلة تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على ان الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف كالمنفصلة هذا اما اذا كان حدوث الزيادة في يده بعد ما طلقها قبل الدخول فانه يتنصف الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار رد الاصل مستحقا عليه فيسري ذلك الى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا اذا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق قوله واذا تزوجها الخ للمسئلة صورتان الاولى ان يسمي لها مهرا ويشترط لها منفعة فيقع كان لا يخرجها من البلد او لا يتزوج عليها او لا يتسرى او يطلق ضرتها والثانية ان يسمي لها مهرا على

وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها لأنه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن أقام بها فلها الألف وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من ألف ولا يزاد على ألفين وأصل المسألة في الإجارات في قوله إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه إن شاء الله

تقدير وآخر على تقدير آخر أما الأولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو أنه إن وفى لها فليس لها إلا المسمى وإلا فلها مهر مثلها فلو كان مهر مثلها قدر المسمى أو أقل لا تستحق شيئا آخر وقال زفر إن كان ما ضم إلى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته وإلا فليس لها إلا الألف لأن المال يتقوم بالإتلاف فكذا بمنع التسليم إذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الإمام أحمد رحمه الله إذا فات ثبت لها الخيار في الفسخ لأنها لم تتزوجه إلا على ملك المرغوب فيه فصار كما إذا باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج وجواب زفر أن إيجاب التسليم ليس للتقوم في المضموم بل لعدم رضاها بالألف لا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل وجواب الثاني أن ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري لو وجب الجري على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عدمها في خيار الفسخ بل في تمام التسمية لرضاها بها وإلا تتم لعدم الرضا وفساد العقد ليس لازما لعدم التسمية ولا لعدمها رأسا إذ ليس ذكرها من الأركان ولا الشروط بخلاف البيع فإن قيل ما استدللتم به لا يمس محل النزاع لأن مقتضى الشرط المذكور أن لا يتزوج ما دامت تحته مختارا العدم ودخول خيار الفسخ في يديها وأين عدم التزوج مختارا إلا من تحريمه شرعا فالجواب أن الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لا يتصور إلا على إرادة كونه شرط ترك الحلال أو فعل الحرام إذ لو أحل حقيقته بأن ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا وإذا عارضه وجب حمل لا حقيقة المذكورة فيما روي على ما من الحق في نفسه هو المراد به ضد الباطل وهو أعم من الوجوب صادق عليه على الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عينا بقي أن يقال إذا ظهر عدم رضاها بالألف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية والتعليل للقطع بأنها ليست مفوضة بل إنما رضيت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا إذا سمي للبكر عند استئذانها مهر فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافرا أو لا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها أصلا لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة أو تصرح بالرضا به وإلا فقد لا ترضى بمهر المثل لتسميته فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب أن تختار كما إذا زوجت نفسها من غير كفوء فإنه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ وأما ما ذكر من حمل لفظ أحق في الحديث على ما ذكر فيثبت أنه موجب لأن ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لأنه لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو ممتنع منه بالتزامه مختارا لأجل الأمر المرغوب إليه وهو صحبة الزوجة ولهذا لو تسرى لا نقول فعل محرما وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله وأما الثانية فكأن يتزوجها على ألف إن أقام بها أو إن لا يتسرى أو إن لا يطلق ضرتها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو ثيبا وعلى ألفين إن كان أضدادها فإن وفى بالأول أو كانت أعجمية ونحوه فلها الألف وإلا فمهر المثل لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف عند أبي حنيفة وكذا إن قدم شرط الألفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى والاتفاق على أنه لا خطر فيها وكذا في المسألة الأولى لأن بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان جائزان فلها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الألف ولا يزاد على الألفين وجه قول أبي حنيفة أنه لا خطر في التسمية الأولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة فإذا وجد شرطها بأن أخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى الأول ثابتا لأن المنجز لا يعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما أنهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحد ووجه قول زفر رحمه الله أن لا تعليق أصلا بل هما منجزان لأن ما يقترن مع المال إنما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا فتفسد للجهالة وأصلها في الإجارات وسنزداد هناك وضوحا إن شاء الله تعالى واعلم أنه نقل عن الدبوسي لو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وألفين إن كانت

فلو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما اوكس والآخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق على مال وله اي لابي حنيفة رحمه الله ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج راضي بالزيادة

جميلة ليصحان بالاتفاق لانه لا خطر في التسمية الثانية لان احد الوصفين ثابت في نفس الامر جزما غير ان الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطرا بالنسبة الى الوقوع وعدمه واستشكل بان مقتضاه ثبوت صحتها اتفاقا فيما اذا تزوجها بالف ان كانت مولاة او ليست له امرأة وبالفين ان كانت حرة الاصل او له امرأة لكن الخلاف منقول فيهما والاولى ان تجعل مسألة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما واعلم انه لو كان تزوجها على الف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم من كذا وان يطلق فلانة فانه ما لم يطلقها لم تطلق ووفى المسمى ولو تزوجها على الف وعلى ان يطلق امرأته فلانة وعلى ان ترد عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبد والزوج بدل الالف وشرط الطلاق فيقسم على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمنا للعبد ونصفها صداقا لها واذا طلقها قبل ان يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل بها نظر ان كان مهر مثلها خمسمائة او اقل فليس لها الا ذلك وان كان اكثر فان وفى بالشرط فطلق فليس لها الا الخمسمائة وان ابى ان يطلق لم يجبر عليه لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ولو كان تزوجها على الف وطلاق فلانة على ان ترد عليه عبدا وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة البضع والعبد فالشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فان كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق صداقا لها فاذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلته نصف العقد ونصف البضع وان لم يكن العوض مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة ولو استحق العبد او هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد وبنصف قيمة العبد ايضا لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق استحقاقه او هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف وههنا المسألة التي تحاذيها باب الشفعة والنكاح وهي اذا تزوجها على دار على ان ترد الفا تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الالف حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع ان تفاوتا وهذا بالاتفاق ثم هل تثبت الشفعة لجار هذه الدار فيما مثلا عند ابي حنيفة لا وعندهما نعم اعتبارا للبعض المبيع بالكل وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه والبيع هنا في ضمن النكاح اذ العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ولا شفعة في الدار التي تتزوج عليها فكذا في هذه ولو اعتبر البيع اصلا فسد لانه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لانه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه وفي فتاوى الخاصي من علامة النون رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا على ان تدفع اليه هذا العبد فانه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لانها بذلت البضع والعبد بازاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما اصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لانها باعته بشيء مجهول ويصير الباقي مهر لها وذكر في علامة الواو وقال لامرأة اتزوجك على ان تعطيني عبدك هذا فاجابته بالنكاح جاز بمهر المثل فلا شيء له من العبد فان هذا شرط فاسد واما جواز النكاح فلانه لا يبطل بالشروط الفاسدة انتهى وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها ومقتضى الاولى تمام مهر المثل بخلاف الاول **قوله لو تزوجها على هذا العبد او هذا العبد او على هذا الالف او هذا العبد او على الفين او الف** فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما او مثله فلها الاوكس الا ان يرضى الزوج بدفع الارفع فهو لها الا ان ترضى بالاوكس فان كان اكثر من ارفعهما او مثله فلها الارفع الا ان ترضى بالاوكس وان كان مهر مثلها بينهما اي فوق الاوكس ودون الارفع فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقا وخير على ان منشأ هذا الخلاف في الواجب الاصلي في النكاح فعنده مهر المثل لانه

والواجب فی الطلاق قبل الدخول فی مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها فی العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها علی حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رض معنی هذه المسئلة ان يسمی جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها علی فرس وحمار اما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها علی دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعی رح يجب مهر المثل فی الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا فی البيع لا يصلح مسمی اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتی لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير

اعدل اذ هو قيمة البضع لانه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمی فانه قد يزيد علی قيمته وقد ينقص فلا يعدل عنه اليه الا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة
بادخال كلمة او وعندهما الواجب الاصل المسمی فلا يعدل عنه الی مهر المثل الا اذا فسدت من كل وجه وهو منتف اذ يمكن ايجاب الاوكس لانه
متيقن قياسا علی ما لو خالعها علی هذا العبد او هذا فانه يجب الاوكس فيهما اتفاقا وهذا ان كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وان كان تخريجا فليس يلزم بجواز ان يتفقوا
علی ان الاصل مهر المثل ثم يختلفوا فی فساد التسمية فی هذه المسئلة فعنده فسدت لادخال او فتصير الی مهر المثل وعندهما لم تفسد لان المتردد بينهما لما تفاوت
ورضيت هی بايهما كان فقد رضيت بالاوكس فتعين دون الارفع اذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالاوكس واذا تعين ما لها لم يصر الی مهر المثل لان المصير اليه حكم
عقد لا تسمية فيه صحيحة وصار كالخلع علی الف او الفين والاعتاق بان قال اعتقتك علی هذا العبد او هذا وقيل فانه يجب الاوكس فيهما وهو يفرق بان تعين الاوكس فيهما
ضرورة ان لا موجب فيهما فی حق البدل وانما يجب فيهما بالتسمية وان لا يلغو كلامهما بالكلية ولا ضرورة هنا لان للنكاح موجبا اصليا فاذا لم يتعين احدهما رد فيه لا يلزم الالغاء
او يصار فيه الی مهر المثل هذا بخلاف ما لو خيرها بان قال علی انها بالخيار تأخذ ايهما شاءت او علی انی بالخيار اعطيك ايهما شئت فانه يصح كذلك اتفاقا
لانتفاء المنازعة اما ما نحن فيه فلا انها لو ارادت اخذ الارفع فامتنع تحققت المنازعة اذ ليس الرجوع الی قول احدهما بالاولی من الآخر بخلاف التخيير اذ من له الخيار يستبد بالتعيين
وصار كبيع احد العبدين لا يجوز ولو سمی لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لاحدهما جاز بخلاف ما لو اقر بالالف او الفين حيث يتعين له الالف لانه لم يوقع ذلك
فی انشاء معاوضة بل ذكر ان ذمته مشغولة باحد المالين والاصل براءة الذمة وهو فی شك من اشتغالها بالالفين لم يجزم بها فلا تلزمانه بخلاف
الالف فانه لم يشك فيها ولو تزوجها علی الف حالة او موجلة الی سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة والا فالموجلة لانها اقل ولو علی الف حالة
او الفين الی سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فله وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عليه **قوله**
والواجب فی الطلاق قبل الدخول الخ وعلی هذا لو كانت المتعة زائدة علی نصف الاوكس تحكم صرح به فی الدراية فالحكم فی الطلاق قبل الدخول فی التحقيق
ليس الا متعة مثلها **قوله** واذا تزوجها علی حيوان غير موصوف الخ المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان فاذا كان عرضا او حيوانا
قائما معينا كهذا العبد او الفرس او الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا اليه الا انه اضافه الی نفسه كعبدی
والا فلها ان تأخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت فی النصف الباقی فی يدها ان شاءت ردته بالعيب
الفاحش وهو التشقيص فی الاملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وان شاءت امسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول
كان لها النصف الذی فی يدها خاصة ولو ولدت الامة عنده ثم مات الولد فليس علی الزوج ضمانه ولا يكون حاله علی من حال ولد المغصوبة ولكن لها
الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيرا وان كان فاحشا فلها ان شاءت اخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا وان شاءت
اخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوی وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فاما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد
بينا ثبوت الخيار لها فی العيب السماوی بهذه الصفة ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لانه اتلف امانة فی يده فان كان فی قيمته وفاء بنقصان الولادة لم
يضمن نقصانها وان لم يكن اجاب فی كافی الحاكم بان عليه تمام ذلك قال شمس الائمة وهو غلط فقد بين فی الابتداء ان الزوج لا يضمن نقصان الولادة
عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد علی قيمته من قدر النقصان ولكن ان كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا اشكال فی الثوب
المعين فی ثبوت الصحة جيدا اذا زاد فقال هذا الثوب الهروی ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلی قول ابی يوسف لها قيمة ثوب هروی وسط علی

وشرطنا ان يكون المسمى ما لا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

زفر لها الخيار بين ان تاخذه او تطلب قيمة الهروي الوسط لانها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه وسنقرره ان شاء الله تعالى واما غير معين فلا يخلو ان يكون مكيلا او موزونا او غيرهما ففي غيرهما ان لم يعين الجنس بان قال حيوان ثوب دار لم تصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق في الافراد المتماثلة وهو ذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة ايضا والدار الذي تحتها ما تختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة افحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل اولى وان عينه بان قال عبد او فرس او حمار او بيت صحت التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط من ذلك كذا اثبتها وهذا في عرفهم اما البيت في عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي ان يجب بتسميته مهر المثل كالدار وتجبر على قبول قيمته لو اتاها بها وبقولنا قال مالك واحمد خلافا للشافعي له ان عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا انه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك الذمة اصلا بايجاب الشرع مائة من الابل في الدية وفي الجنين غرة عبد او امة في الذمة وليس فيهما معلوم الا الوسط من الاسنان لخاصة حتى عرف هذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضي جهالة الوصف فيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الا ترى ان الشرع اوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بان لم يكن من اقاربها من تزوج وعلم لها مهر فانه يحتاج الى تقويم وتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لان جهالة في الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصح التسمية اولى **قوله** وشرطنا ان يكون الخ جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح مع الاقرار في كونه التزام مال ابتداء ينبغي ان يصح تسمية حيوان كما يصح الاقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به الا وسطا فاجاب فقال شرطنا ذلك رعاية لجانبي المرأة والزوج لا لجهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة اصلا لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع انه المعهود الشرعي اعني ايجاب الشرع الوسط في حيوان ذكره رعاية لجانبي الفقراء وارباب الاموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى بالاحكام الاصل لو اسقط قوله فجعلنا والتزام المال ابتداء واكتفى بالالحاق بالدية والغرة ومهر المثل يستغني عن هذا السؤال وجوابه **قوله** وانما يتخير الزوج جواب عن مقدر هو انما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب احد الامرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها اجاب لما كان الوسط لا يعرف الا بتقويمه صارت القيمة اصلا مزاحما للمسمى كانها هو فهي اصل من وجه فيتخير على قبولها ان اتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال اذا كان الحكم ذلك فصار كانه تزوجها على عبد او قيمته وفيه يجب مهر المثل لان هذا التقرير انما افاد ان الاصل العبد عينا ثم القيمة مخلص الا ترى الى التشبيه في قولنا كانها هو وفي المبسوط بعد ان قال لكون المهر عوضا صار عينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا لو اتاها بالقيمة اجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص ويختلف ذلك بحسب الاوقات وهو الصحيح وانما قدر ابو حنيفة في السود باربعين دينارا وفي العبيد البيض بخمسين لما كان في زمانه **قوله** وان تزوجها على ثوب الخ تقدم الكلام فيه **قوله** وكذا اذا بالغ في وصف الثوب بان ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من انها تجبر على اخذ القيمة كما على اخذ الثوب وجعله ظاهر الرواية احترازا عما عن ابي حنيفة من تخيير الزوج على عين الوسط وهو قول زفر وعما عن ابي يوسف ره انه ان ذكر الاجل مع ذلك تعين الثوب لانه موصوفا اذا كان موجلا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا في السلم وان لم يوجل يخير الزوج وعبارته في المبسوط

فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانه شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنه خلا

فان عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة اذا اتاها بها وعلى قول ابي يوسف ان ذكر الاجل الى ما ذكرناه ثم قال وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لانه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الاجل وعدمه واجاب بان قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا انتهى فظاهره ترجيح قول ابي يوسف رحمه الله وقد يقال بل حاصل الصورة سلم العبد رأس مال والثياب المؤجلة المسلم فيه ولا يخفى ترجيح قول زفر اذ لم يندفع قوله ان اشتراط الاجل ليس من حكم ثبوته في الذمة بل من حكم السلم اما المكيل والموزون فان سمى جنسه كعلى اردب قمح او شعير دون صفته فكغيره من ثبوته واجبارها على قبول القيمة وان وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية او بحرية لا يخير الزوج بل يتعين المسمى لان الموصوف منها يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا كالقرض ومؤجلا كما في السلم وعن ابي حنيفة رحمه الله لا تجبر على القيمة فيما اذا لم يسم الصفة ايضا لان صحة التسمية انما يوجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا تعين الوسط

قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها وبه قال الثلاثة وقال الوافي رواية عن كل منهم يفسد النكاح لامتناع العوض اذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدما مع اشتراط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد بخلاف البيع يفسد بالاول لانه ركنه وبالثاني لان الشرط الفاسد يصير ربا لان الشرط زيادة خالية عن العوض في احد الجانبين ولا ربا في النكاح **قوله** فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر فعند ابي حنيفة رحمه الله لها مهر مثلها فيهما وقال ابو يوسف رحمه الله لها مثل وزن الخمر خلا وقيمة الحر المشار اليه لو كان عبدا وقال محمد بقول ابي حنيفة رحمه الله في الحر وبقول ابي يوسف رحمه الله في الخمر وذكر الحاكم ان قول ابي يوسف الاول كقولهما وظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مبنى الخلاف لانه خص ابا يوسف بما حاصله انها ما لا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخمر مثلي ثم قال وابو حنيفة رحمه الله يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق انه لا خلاف بينهم فيه ففي الايضاح لا خلاف بينهم ان المعتبر المشار اليه ان كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمسمى وفي اشارات الاسرار قال الخلاف فيها ينشأ من اصل مجمع عليه لهم وهو ما ذكرناه وما نذكره لان هذا الاصل متفق عليه في البيوع والاجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافي قال هذه المسائل مبنية على اصل وهو ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية اولى لان المعاني احق بالاعتبار وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا انهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه اي يتبع الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشتراه على انه احمر فاذا هو اخضر ينعقد لاتحاده والشأن في التخريج على هذا الاصل فابو يوسف رحمه الله يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم للمسمى كان الاشارة تبين صفة كانه قال عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد في معنى الذات لا يفترق فيهما فان منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا فالعبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل فاما الخل مع الخمر فجنسان اذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال ابو يوسف وابو حنيفة يقول لا ناخذ الذات حكم الجنسين الا بتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بهما وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد

وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف تجب القيمة. لأبي يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال، كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم. وأبو حنيفة يقول اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف، فكأنه تزوج على خمر أو حر. ومحمد يقول الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود في المشار ذاتا والوصف يتبعه، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل المشار إليه وليس بتابع له، والتسمية أبلغ في التعريف من حيث إنها تعرف الماهية والإشارة تعرف الذات، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس، ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس، وفي مسألتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع، والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد. فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مسمى، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لأنه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته. وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لها العبد الباقي إلى تمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد إلى تمام مهر المثل.

الجنس فالعبرة للإشارة فيهما والمشار إليه غير صالح فوجب مهر المثل انتهى. وغاية الأمر أن يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا تجوزا، وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق، فظهر أن لا اختلاف بينهم في الأصل بل في اختلاف الجنس واتحاده، فلزم ما ذكر في بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالأحكام إنما هو على قول أبي يوسف، وعند محمد المختلفين بالمقاصد، وعلى قول أبي حنيفة هو المقول على متحدي الصورة والمعنى. ثم لا يخفى أن اللائق كون الجواب على قول أبي يوسف وجوب القيمة، وعند محمد بطلان لغلبة الإشارة واعتبار المسمى يوجب أن الحاصل أنه تزوجها على عبد، وحكمه ما قلنا. ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا أي على هذا الدن من الخمر فإذا هو خل، وهذا الحر فإذا هو عبد، وهذه الميتة فإذا هي ذكية، فلها المشار إليه في الأصح عند أبي حنيفة، وإن روي عنه مهر المثل، وقد مر على أصله بالأصح عن أبي حنيفة. قال أبو يوسف فأوجب الذكية وما معها، وأوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الخمر فمر على أصله، وأبو يوسف خالف أصله واعتذر عنه بأنه جمع بين الإشارة والتسمية وصحت إحداهما وبطلت الأخرى فاعتبرت الصحة وصارت الأخرى كأن لم تكن. وكذا خالف أبو حنيفة الأصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل، ووجهه بأنه يقول الموجب الأصلي مهر المثل، وإنما اعتبرنا الإشارة هناك ليجب، ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا يعتبر ليجب مهر المثل لأنه هو الأصل. قوله فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها عند أبي حنيفة إلا الباقي إذا ساوى عشرة، فإن لم يساو كملت العشرة، لأنه مسمى، ووجوب المسمى المستحق بأصل العقد وإن قل يمنع وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر لأنها ما رضيت إلا بهما وتعذر تسليم أحدهما فتجب القيمة. وقال محمد رحمه الله لها الباقي وتمام مهر مثلها إن لم يبلغ الباقي مهر المثل، وهو رواية عن أبي حنيفة، فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه. فمحمد يقول بقول أبي حنيفة لأنهما لو كانا حرين يجب مهر المثل، فإذا كان أحدهما حرا ولم يبلغ الباقي مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها. فهنا مقامان: لهما مقام اختلافه وهو تعيين الواجب مع الباقي، ومقام اتفاقه وهو عدم الاقتصار على الباقي، ولهما فيه الإلحاق بالمسألة السابقة، أعني ما إذا تزوجها على ألف وأن لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لأنها لم ترض بذلك القدر فقط، وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه. والجواب الفرق بأن الفائت في السابقة لم يستحق بأصل العقد، فوجب بأن لا أثر لاستحقاق مستحق خاص بأصل العقد في دفع استحقاق غيره، ولزوم مهر المثل فيها ليس إلا لعدم رضاها بذلك القدر تسمية إذ لم ترض إلا بالكل، غير أن الفائت هناك لما لم يتقوم صير إلى مهر المثل، وهنا يتقوم بمعنى يقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته، وعلى هذا يترجح قول أبي يوسف من حيث الوجه. وقد يجاب بأن جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به، أما هنا فهي المقصرة في الفحص عن حال المسميين فإنه مما يعلم بالفحص، بخلاف السابقة لأن عدم الإخراج وطلاق الضرة إنما يعلم بعد ذلك، فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى. هذا، وقد خرجت هذه المسألة على ما عليها من الأصل الذي ذكرناه، فعند أبي حنيفة تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو، وإذا لغى تسمية أحد العبدين صار كأنه تزوجها على عبد فليس لها غيره، وعند أبي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الإشارة إلى الحر فاعتبرت تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجبت قيمته، ومحمد يقول الأمر كما قال أبو حنيفة إن تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر إلى مهر المثل لدفع الضرر. والجواب لأبي حنيفة ما قلنا من أن الضرر لزمها بذلك حيث قصرت أن تمتحن ولا غلط. ووجه قول أبي يوسف كونها مقصرة بذلك ممنوع إذ لا بد لها من التردد في أن المسمى حر أو عبد. وقريب من هذا لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فإذا هي تسعة ليس لها غير التسعة، وحكم محمد بها كما قال أبو حنيفة إن ساوت مهر مثلها أو زادت، وإلا كمل مهر مثلها. وفي الفتاوى الخاصي من علامة العين تزوج على هذه الأثواب العشرة فإذا هي أحد عشر

وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وإنما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافاً لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته

فإن كان مهر مثلها مثل أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى لأن المهر أحد العشرتين أجودها أو أردؤها فصار كما إذا تزوج على أحد هذين العبدين أما إذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعاً لأنه في الأولى المنطوق الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهراً لا يرى أنه لو تزوج على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وبهذا يجب مهراً وشرح العبارة الأولى أن التزوج إنما وقع على عشرة وهي جيدة أحد عشر فلا بد أن يشتمل غالباً على عشرة هي أجود الأحد عشر وعشرة هي أردأ الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردؤها أو أجودها وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة رحمه الله فيحكم مهر المثل فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجود تعين أعني مهر المثل كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما وإن كان أقل من أردأ العشرتين أعني مثلها تعين العشرة الردي كما لو كان أقل من أوكس العبدين ومثله في الأجود قوله وأما قياس قولهما فصحة التسمية وتعين أرداهما مطلقاً كما عينا أوكس العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل التسمية غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمته والله أعلم قوله وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد وهو كتزوج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة إن كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يخل لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه منتف شرعاً بخلاف الصحيح فإنه يجب بالعقد ويكمل بالخلوة ولو طلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطء شرعاً وحساً فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافاً لزفر رحمه الله اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا انتقصت منه فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة فشمول الوجود وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث أن المسمى مال فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا انتقصت لانضمام رضاها والحق أن التسمية ليست إلا فاسدة وقد صرح المصنف بذلك إذ ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بالفساد ولفسادها وجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعاً وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية أي لأنها لم تسمها فكانت مسلمة بالعقد مسقطة حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقاً بيننا وبين زفر غير أنه يوجبه بالغاً ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فوجه الاستدلال أن يقال سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت بإسقاط بعض حقها وترك ما تستحق للمقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لا تصح لأن قوله إنما يتقوم بالتسمية إن أراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خالياً عن التسمية ووجب مهر المثل غير أنا اعتبرنا رضاها فإن قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجب المسمى إذا زاد على مهر المثل فالجواب أنا لو اعتبرناه فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاه وهو مجرد رضاه بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء لأن به لا يدخل في ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا الآثم المعارضة لزفر بما في الترمذي عن عمر من

وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه

قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الحديث فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فكان وجوب مهر المثل اصلا في كل نكاح فاسد الا بدليه مما قدمناه في باب الاولياء والاكفاء فروع لا يصير محصنا بهذا الدخول لا عند ابي ثور واجمعت الامة على انه لا يكون محصنا في العقد الصحيح الا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكره بخلاف ما اذا تكرر وطء الابن لجارية الاب وادعى الشبهة فانه يلزمه بكل وطء مهر والاصل ان الوطء في غير الملك ان كان لشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وان كان لشبهة ملك لا يتعدد بتعدده ففي جارية الاب وجارية الزوجة اذا وطئها الزوج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الابن اذا وطئها الاب والمكاتبة اذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد او في النكاح الصحيح اذا ظهر بعد تعدد الوطء انه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته واما اذا وطئ احد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكر في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين يقول يتعدد المهر لانه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الاب في حق الابن ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد بعد انتفاء الشبهة ولو زنى بامرأة ثم تزوجها وهو مخالطها ثم الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لما سقطت عنه الحد ومهر نصفه قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وان طلقها في الحال لان هذا اكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد ام بكل وطء مهر قيل ان كانت الطلقات الثلاث جملة فظن انها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وان ظن انها تقع لكن ظن ان وطئها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد وان استحق نصفها فعليه نصف المهر وفي آخر حدود خواهر زاده الصبي اذا زنى بصبية فعليه المهر وان اقر بذلك لا مهر عليه واذا زنى الصبي ببالغة مكرهة عليه المهر وان دعته الى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت امة صبيا والمراد من المهر العقر قوله وعليها العدة يعني اذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لانها اقيمت مقام الوطء في النكاح الفاسد وينبغي ان لا يجب عليها الاعتداد في الاصل فيما اذا ادخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهرها لانه دخل بها بشبهة النكاح لان خبر الواحد حجة في المعاملات فتصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر قال وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تستحق في عدتها ما تستحق المعتدة بنحوه قضى رضي الله عنه ولان الحداد لاظهار التاسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لان وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولانها النفقة التي كانت واجبة باصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن عليه نفقة مستحقة هنا لتبقى ولا يرجع بالمهر على الذي ادخلها عليه لانه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه اخت امرأته حرمت عليه امرأته الى انقضاء عدتها قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح احتراز عن قول زفر رحمه الله لانها انما تجب باعتبار شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق وبالافتراق بالمتاركة اذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع الا بما قلنا ولا يتحقق المتاركة الا بالقول بان يقول تاركتك او خليت سبيلك او خليتها او تركتها اما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها ان تتزوج بآخر قال الشيخ الامام فخر الدين قاضيخان هذا في المدخول بها اما غيرها فيتفرق الابدان بان لا يعود اليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك الا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس شرطا لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا وروي ذلك عن ابي يوسف وفائدة الصغار قول زفر حتى لو حاضت ثلث حيض من آخر الوطيات قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحض بعد التفريق والمتاركة لم تنقض بحيث

وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره **قال** ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح

ان يكون هذا الحكم في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى فاذا علمت انها حاضت بعد آخر وطء ثلثا ينبغي ان يحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتابي وفي الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد **قوله** وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء والاقامة اي اقامة العقد مقام الوطء باعتباره وهذا جواب عن قياسها على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير اذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة اشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا قال شيخ الاسلام تأويل هذا ان الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة قال في الغاية قد اعتبر العدة من وقت التفريق فكان الاحوط في النسب من وقت التفريق ايضا لان وقته النكاح لان العدة للنسب قال شارح الكنز هذا وهم لانهم انما اعتبروا من وقت النكاح ليثبت النسب بمجرد العقد اقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء حتى لو جاءت بولد لستة اشهر من وقت العقد ولاقل منها من وقت الوطء ثبت النسب كما في الصحيح ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق الا يرى انها لو جاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها حتى سنه ثبت النسب ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا يثبت كذا لو فارقها بعد شهرين لا يكون الا اعتبار لوقت التفريق الا يرى لو دخل بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه لا يثبت لا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر رحمه الله وان لم يدخل بها لا يلزمه الولد الا ان الحاصل انه تعتبر من وقت التفريق اذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح او الدخول على الخلاف **قوله** لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها قاله في المفوضة وقدمنا تخريجه وقوله وهي اقارب الاب ليس من كلامه بل تفسير لنسائها من المصنف بناء على ان الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لانها من جنس ابيه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قرشيا وعلى هذا كان الاولى اسقاط الواو في قوله ولان الانسان من جنس قوم ابيه ليكون وجه كون الاضافة المذكورة تعين كونهن اقارب الاب ظاهرا وهذا لان جعله وجها مستقلا يصح الا انه لا يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة اقارب الاب بل كما يصح ان يقال لعماتها واخواتها نساؤها يصح ان يقال لخالاتها ايضا واخواتها لامها فانما يتم بضم هذه الاب المقدمة المذكورة **قوله** ويعتبر في مهر المثل ان تتساويا في الجمال يعني بعد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وادبا وكمال خلق وعدم ولد وفي العلم ايضا فلو كانت من قوم ابيها لكن اختلف مكانهما او زمانهما لا يعتبر بمهرها لان البلدين تختلف عادة اهلهما في المهر في غلائه ورخصه فلو زوجت في غير البلد الذي زوج فيه اقاربها لا يعتبر بمهورهن وقيل لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف بل في اوساط الناس وهذا جيد وقالوا يعتبر حال الزوج ايضا اي بان يكون زوج هذه كازواج امثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما فان لم يكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات فاجنبية موصوفة بذلك وفي الخلاصة ينظر في قبيلة اخرى مثلها اي مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها اقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وفي المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفي غريب الطحاوي مهر مثل الامة على قدر الرغبة **قوله** واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يتقيد بكون الضمان في الصحة اما في مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير زوجه وضمن عنه وولي الصغيرة زوجها وضمن لها وقوله ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها هو على التقدير الثاني وقوله ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان باذنه يفيد ان الزوج اجنبي او في حكمه كولده الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير بعدما زوجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار الا ان يشهد

ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره
كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير
وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة
لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه **قال** وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر
وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها
من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق

انه يدفع ليرجع في اصل الضمان **قوله** ثم المرأة بالخيار في مطالبتها يعني اذا بلغت زوجها يعني اذا كان بالغا وان لم يكن بالغا فانما لها مطالبة ابيه
ضمن او لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة وذكرنا انه اذا ادى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في اصل الضمان ولا يخفى ان هذا مقيد
بما اذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من انه يضمن الاب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف اطلاق
شرح الطحاوي وذكر في المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال ثم ينفك عن ايفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام
على تزويجه ضمان المهر عنه فهذا هو المعول عليه ولو ان ضمن الوصي يرجع مطلقا ولو لم يؤد الاب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين اخذه من
تركته وبين مطالبة زوجها فان اختارت التركة فاخذت اجزاؤها في الورثة الرجوع على نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لان هذه الكفالة لم تنعقد
موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا امر من المكفول عنه اذ لا يعتبر اذنه ولو اذن وعن ابي يوسف رحمه الله كقوله فيما ذكر الولوالجي قلنا بل صدرت
بامر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته بخلاف ما اذا ادى عنه في حياته
لان تبرع الاب بالمهر معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون بحكم الضمان ولو ادى في مرض موته والمجنون كالصبي في جميع ذلك
لانه مولى عليه سواء كان الجنون اصليا او طارئا وانما صح ضمان وليها اذا كان ابا او جدا مع انه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لان الولي في النكاح
وان باشر سفير كالوكيل به بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لانه مباشر فترجع الحقوق اليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب وتسليم
المبيع ويصح تاجيله وابراؤه من الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضيا فان قيل الاسلم عدم رجوعها
اليه في النكاح الا يرى ان لا مطالبة بمهرها اجاب المصنف بقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد لانه معتاد ولذا لا يملك قبضه بعد
بلوغها اذا نهته صريحا اما اذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فان له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عندنا
خلافا لزفر وابي يوسف في قوله الآخر وفي فتاوى المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الاولياء والاكفاء
فارجع اليها ومما لم نذكره هناك لو قبض الاب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ان كانت بكرا لم يصدق الا ببينة لان له حق القبض وليس له حق الرد وان كانت
ثيبا صدق لان حق القبض ليس له فاذا قبض بامر الزوج كانت امانة عنده من الزوج فيقبل دعواه الرد كالمودع اذا قال رددت الوديعة **قوله**
وللمرأة ان تمنع نفسها من الدخول بها ومن ان يسافر بها حتى يوفيها المعجل من مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل يعني ولا يتعين حقها الا بالتسليم
وهذا التعليل لا يصح الا في الصداق الذي هو الدين اما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لانها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه وقوله اي
المعجل منه يتناول المعجل عرفا وشرطا فان كان قد شرط تعجيله كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كلا او بعضه فبعضه فان لم يشترط تعجيل شيء
بل سكتوا عن تعجيله وتاجيله فان كان عرف في تعجيل بعضه وتاخير باقيه الى الموت او الميسرة او الطلاق فليس لها ان تحبس الا الى تسليم ذلك القدر
قال في فتاوى قاضيخان فان لم يبينوا قدر المعجل ينظر الى المرأة والى المهر انه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقيد
بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما اذا شرط تعجيل الكل فلا عبرة بالعرف اذا كان الصريح بخلافه ومثل
هذا في غير نسخة من كتب الفقه فما وقع في غاية البيان من اطلاق قوله فان كان يعني المهر بشرط التعجيل او مسكوتا عنه يجب حالا ولها ان تمنع نفسها
حتى يعطيها المهر ليس هو الواقع بل المعتبر في المسكوت العرف هذا وللاب ان يسافر بالبكر قبل ايفائه في الفتاوى رجل زوج بنته البكر البالغة

وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رح وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى ولم يدفع بهما واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذي وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة

قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمهما امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ

ثم اراد ان يحول الى بلد آخر بعياله فله ان يحملها معه وان كره الزوج فان اعطاها المهر كان له ان يحبسها **قوله** وليس له حق الاستيفاء كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه الايفاء بكماله استيفاء منافع البضع وعليه ايفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها ايفاء منافع بضعها فح فقد يقلب هذا الدليل فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل ايفاء منافع البضع والجواب ان هذا وقع في تعليل حبسه اياها لا الى ثبوته له الاستيفاء فح كل منهما لو طولب بايفاء ما عليه كان له الامتناع الى استيفاء ماله ويستلزم تمانع الحقوق وفوات المقصود مثلا لو طالبها بايفاء الدخول فقالت حتى استوفي المهر كان له ان يقول لا اوفيه حتى استوفي منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا والصواب ان هذا التعليل بعد الالحاق بالبيع وان البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت ان في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ومثله الاتيان في النكاح اذا كان المهر عينا سلم معا بخلاف ما لا في مسئلة الخلوة لا طلاق الجواب بان لها الامتناع الى ان تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها من الزوج الى ان يعطي المهر ولو زوجها غير الاب والجد كالعم وهي صغيرة ليس له ان يسلمها الى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فان سلمها فالتسليم فاسد وترد الى بيتها لانه ليس للعم ولاية ابطال حقها كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطفي ولو ذهبت الصغيرة الى بيتها بنفسها كان لمن كان احق بامساكها قبل التزوج ان يمنعها حتى يعطيها ويقبضه من له ولاية القبض لان هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من اهل الرضا **فرع** اذا كان يسكن في بيت الغصب لها ان تمتنع من الذهاب اليه فيه ولا تسقط به نفقتها **قوله** ولو كان كله مؤجلا مدة معلومة وقليلة الجهالة كالحصاد ونحوه بخلاف ذلك في البيع وبخلاف المتفاحشة كالى الميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا ليس لها ان تمنع نفسها قبل الحلول ولا بعده لان هذا العقد ما اوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده وكذا لو اجلته بعد العقد مدة معلومة لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع اذا اجل الثمن ليس له منع المبيع الى غاية القبض وفيه خلاف ابي يوسف فيما رواه المعلى عنه لان موجب النكاح تسليم المهر اولا فاذا رضي بتأجيله كان راضيا بتأخير حقه بعلمه بموجب العقد بخلاف البيع فان تسليم الثمن اولا ليس من موجباته كما في المقايضة واختار الولوالجي الفتوى به وهذا اذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول فان شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق **قوله** فان دخل بها قبل الايفاء راضية وهي ممن يعتبر رضاها فكذلك عند ابي حنيفة اي ليس لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لهما واجمعوا انه لو دخل بها كارهة او صغيرة او مجنونة فبلغت وصحت وزال الاكراه يكون لها حبس نفسها بعده وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها لا يسقط حقها في حبس نفسها عنده خلافا لهما وعلى هذا النفقة **قوله** واذا اوفاها مهرها او كان مؤجلا نقلها حيث شاء من بلاد الله وكذا اذا وطئها برضاها عندهما وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذي واختاره الفقيه ابو الليث فقال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بكتاب الله اولى من الاخذ بقول الفقيه يعني قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وافتى كثير من المشائخ بقول الفقيه لان النص مقيد بعدم المضارة لقوله تعالى ولا تضاروهن بعد اسكنوهن والنقل الى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم حالا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها واطرافه والقرى القريبة التي لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر وقال بعض المشائخ اذا اوفاها المعجل والمؤجل وكان رجلا مأمونا فله نقلها **قوله** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا الاختلاف في المهر اما في قدره او اصله وكل منهما اما في حال الحيوة او بعد موتهما او موت احدهما وكل منهما اما بعد الدخول او قبله فان اختلفا في حال الحيوة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق وبعده يحكم مهر المثل فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه وان لم يكن من جهة احدهما بان كان بين الدعويين تحالفا ويعطى مهر المثل هذا قول ابي حنيفة ومحمد على تخريج الرازي على تخريج الكرخي

ثم ذكرها هنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل

تحالفا ان في الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال ابو يوسف القول للزوج مع يمينه في الكل الا ان ياتي بشيء قليل وفسر المستنكر وجماعة بان يذكر ما لا يتعارف مهرا لها وقوله مهرا لها احتراز من قول من قال ان يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا اعني ان يذكر ما دون العشرة لانه ذكر في المختلفين في البيع فيما اذا اختلفا في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري الا ان ياتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي وقد يقال ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر اما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بان المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا فانما يستنكر شرعا ما يستنكر عرفا ولا عكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فصار الحاصل من قولنا الا ان ياتي بالمستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا او شرعا ولانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولنا كلامه لان العشرة في كونه مهرا شرعا لا تتجزى فتسمية بعض ما لا يتجزى شرعا كتسمية كله فلا يتصور ان ياتي بالمستنكر وليس هذا بشيء لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لاتيانه بالمستنكر فقد تصور وسيجيء الوجه في تفسير هؤلاء البعض بانه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى انه تزوجها على مائة وهي تدعي الفا ومهر مثلها الف واقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند ابي يوسف رحمه الله لانه لولا الشهادة لكان القول له ولو لم تجعل المائة مستنكرا في عقد ابي يوسف مع ان التسمية العشرة مستنكرة فمن قيمتها عشرة اشار وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه ما في الاصل والجامع الصغير وقال ابو يوسف رحمه الله القول للزوج الا ان ياتي على ما مر والخلاف بينهم في ان القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع وكما يفيده قول المصنف التعبير عن ابي يوسف الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فنفى كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما اختلفوا الاشتباه والظاهر هنا انه مع من قضاء لا مع من يشهد له مهر المثل لان الغالب في المسمى في الانكحة الا ان يكون اقل منه وهذا اوجه من قول المصنف انه الموجب الاصلي لان كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا وقال ابو يوسف مع من يشهد له الاصل ببراءة الذمة وانما اعتبر الشاهد هنا مهر المثل لانه القيمة الضرورية للبضع اذ ليس كان مالا وانما يتقوم اظهارا لشرفه فيتقدر بقدر الضرورة وهي فيما اذا لم يتيقن بثبوت مسمى وهنا تيقنا به وهو ما اقر به الزوج فيكون القول له ويحلف على نفي دعواه وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الاجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار الى تحكيم اجرة المثل لان تقوم المنافع ضروري فلم يصر اليه حيث امكن المصير الى المسمى فكان القول لمن يدعي الاقل فكذا هذا ولهما يقولان تقومه شرعا اظهارا للخطر موجب الرجوع اليه عند التردد في المسمى لا ينفيه بل هو احق من التقوم الذي يثبت بسبب المالية لان ذلك يقبل الابطال بخلاف هذا واما القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجرة فليس بفعله موجب في الاجر بدون التسمية ليصار الى اعتباره وللنكاح موجب فهو اشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكر فيه يحكم قيمة الصبغ واما قوله تيقنا التسمية وهي ما اقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن احدهما غير عين وهو لا ينفي الرجوع اذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حين تعذر القضاء باحدهما عينا **قوله** ثم ذكرها هنا اي في الجامع الصغير ان القول للزوج في نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول وكذا في الاصل وفي الجامع الكبير يحكم المتعة وقد قدمناه ووجه التوفيق ظاهر من الهداية وحاصله يرجع الى وجوب تحكيم المتعة الا في موضع يكون ما اعترف به اكثر منها فيؤخذ باعترافه فيعطى نصف مهر المثل وجه ما ذكر ان المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل وقد يمنع بان المتعة موجبة فيما اذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا

… القضاء باجماعنا [illegible]

وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح أن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين فإن كان مهر مثلها ألفا أو أقل فالقول قوله وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها وأيهما أقام البينة في الوجهين تقبل وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لأنها تثبت الحط وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا وإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة هذا تخريج الرازي رحمه الله وقال الكرخي رحمه الله يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع لأنه هو الأصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما

بمقدار ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج ويحلف على نفي دعواها الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل تحقق الخلاف ولهذا قيل في المسئلة روايتان لكن ما ذكر في جواب قول أبي يوسف آنفا يدفعه **قوله** وشرح قولهما إذا ادعى ألفا وهي ألفين ومهر مثلها ألف أو أقل فالقول له مع يمينه بالله ما تزوجها على ألفين فإن حلف لزمه ما أقر به تسمية أي لا تخيير فيها بين أن يعطيها دراهم أو قيمتها ذهبا وإن نكل لزمه ألفان مسمى لأن النكول إقرار أو بذل على الخلاف وكلاهما تقتضيه تسمية وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول لها مع يمينها بالله ما تزوجته على ألف وإن نكلت فلها ما أقر به تسمية لإقرارها به وإن حلفت فلها ما ادعت قدر ما أقر به تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل تخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لأن يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو ثم وجوب الزائد بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه بتسمية فإن أقاماها فبينتها أولى في الوجه الأول لإثباتها الزيادة وبينته في الثاني لإثباتها الحط وإن نص محمد رحمه الله في هذا أن بينتها أولى لإثباتها الزيادة كالفصل الأول كذا في جامع قاضيخان وجه الأول أن الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وإنما تثبت بينتها تعيينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهو المثبتة للزيادة بطريق الأصالة فكانت أكثر إثباتا من المثبتة للوصف وإن كان مهر مثلها بين الدعويين ألف وخمسمائة فإن لم يكن لهما بينة تحالفا وبأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع في النهاية من أن الزوج إذا نكل يلزمه ألف وخمسمائة كأنه غلط من الناسخ وإن حلفا يجب مهر المثل قدر ما أقر به تسمية والزائد يخير فيه فإن أقام أحدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وإن أقاماها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الإثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل يخير فيه كل لأن بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لأن وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق وذكر قاضيخان أنه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا أن على تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك والأحسن أن يقال يتحالفان ثم يعطي مهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وبالتحالف ينتفي يمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازي أولى لأنا لا نحتاج إلى مهر المثل للإيجاب بل لتبيين من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة إلى التحالف ويقرع في التحالف للابتداء استحبابا ولو بدأ بأيهما كان جاز وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لأنه كالمشتري والمهر كالثمن في المتبايعين يبدأ بيمين المشتري إليه ذهب الإسبيجابي **قوله** ولو كان الاختلاف في أصل المسمى في حال الحيوة بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر يجب مهر المثل بالإجماع ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق لأنه هو الأصل عندهما أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله تعذر القضاء بالمسمى لأن القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار إلى مهر المثل واستشكل كون مهر المثل هو الأصل عند محمد بل هو مع أبي يوسف في أن المسمى هو الأصل على ما صرح هو به في مسئلة ما إذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أوكس وما ذكر من إيجابه مع أبي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد أشرنا إلى أنه ليعرف من يشهد له الظاهر بناء على أن العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل لأنا ذكرنا منعنا في تلك المسئلة ثبوت اختلافهم في أن الأصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه لا ينفي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الأصل مهر المثل عند محمد بناء كما هو عند أبي حنيفة بل الأولى أن يعلل للكل والمسئلة اتفاقية **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما أي حال قيام النكاح في الأصل والمقدار

ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل وعند ابي يوسف رحمه الله القول قول الورثة الا ان يأتوا بشئ قليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لها مهرا فلا شئ لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا

ومن كان القول له لو كان حيا يكون لورثته وفي الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت احدهما بالاتفاق **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف كحال الحيوة الا ان ابا حنيفة لم يستثن القليل وهذا السقوط اعتبار مهر المثل بعد موتهما عند ابي حنيفة وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حال الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول لمن انكره ولا يقضى بشئ وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال مالك والشافعي واحمد وعليه الفتوى لكن الشافعي يقول بعد التحالف عندنا وعند مالك واحمد لا يجب التحالف **قوله** على ما نبينه يعني في المسئلة التي تليها من قريب وهي ما اذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا ثبت ذلك بالبينة او بتصادق الورثة فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج هذا اذا علم ان الزوج مات اولا او علم انهما ماتا معا او لم تعلم الاولية لان المهر كان معلوم الثبوت فلم نتيقن بسقوط شئ منه بموت المرأة اولا لا يسقط واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط منه نصيب الزوج لانه ورث دينا على نفسه فعلم بهذا ان المستثنى منه المحذوف في قوله الا اذا علم الخ هو الصور الثلث التي ذكرناها كذا في النهاية والصواب ان المستثنى منه جميع الصور لان التقدير لورثتها ان يأخذوا ذلك في جميع الصور الا في صورة العلم بموتها قبله لان المستثنى منه هو العام ولو كان الصور الثلث مستثنى منها كان اخذ الورثة انما هو في بعض الصور كما **قوله** فان لم يسم لها شيئا فلا شئ لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لهم مهر المثل واستدل ابو حنيفة في الكتاب فقال ارأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهر ام كلثوم بنت علي كنت اقضي فيه بشئ وهذا اشارة الى انه انما لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وايضا يؤدي الى تكرر القضاء به لان النكاح القديم قد يكون مشهورا وهو ما يثبت بالتسامع فيدعي ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الزوج فاذا قضى به ثم تاخر العصر فادعى الورثة الذين حدثوا بعد ذلك ثم ادعى ايضا يقضى به ايضا ثم وثم فيفضي الى ما قلنا اما اذا لم يتقادم فيقضى بمهر المثل وطريق آخر ان مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط اصلا وللشبه الثاني يسقط بموتهما وبموت احدهما فقلنا يسقط بموتهما اعمالا لشبه النفقة ولا يسقط بموت احدهما اعمالا لشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي ان لا يقضى به وان كان العهد قريبا وما قبله اوجه وقال مشايخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحيوة او بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد ان تقري بما تعجلت والا قضينا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا **قوله** فالقول قوله اي مع يمينه **قوله** ومن بعث الى امرأته شيئا ثم قال من مهرك وقالت هدية فالقول له لانه المملك فكان اعرف بجهة التمليك لا فيما يكون مهيأ للاكل لان الظاهر يكذبه فيه والقول انما هو قول من يشهد له الظاهر والظاهر في مثله المتعارف ان يبعثه هدية والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والشوي والفواكه التي لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ فاما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله واذا حلف المرسل فان كان قائما من غير جنس حقها ولم يرضيا ببيعه بالصداق يأخذه وان كان هالكا لا ترجع بالمرسل بما بقي ان كان يبقى بعد قيمته شئ ولو بعث هو وبعث ابوها ايضا ثم قال هو من المهر فللاب ان يرجع في هبته ان كان من مال نفسه وكان قائما وان كان هالكا لا يرجع وان كان من مال البنت باذنها فليس لها الرجوع لانه هبته منها وهي لا ترجع فيها وهبت لزوجها وفي فتاوى اهل سمرقند بعث اليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت اليه ثم فارقها وقال بعثتها اليك عارية واراد ان يسترد وارادت هي ان

[illegible] قالت هدية بنته فقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب

المرض فالقول قوله في الحكم لانه انكر التمليك واذا استرده تسترد هي ما عوضته هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا ان جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف في ذلك كله ارساله هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا في نحو الثياب والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكرنا في فتاوى اهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا دفعت من بيتها تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر انه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما والله سبحانه اعلم **قوله وقيل ما يجب** بخلاف الخف والملاءة لا يجب عليه اذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها الا فيما سنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى او يجب عليه الخف والملاءة لا استمتاعه كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع او الخمار انما يعني احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة **فروع** جهز بنته وزوجها ثم ادعى انما دفعه لها عارية وقالت تمليكا او قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية قيل القول للزوج ولها لان الظاهر شاهد به اذ العادة دفع ذلك اليها هبة واختاره السغدي مع اختيار الامام السرخسي ره كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى قاضيخان وغيرها وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل ان كان الرجل ممن مثله يجهز البنات تمليكا فالقول للزوج والا فله ولو ابرأت الزوج من المهر او وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وانكر الزوج فالقول له وقيل ينبغي ان يكون القول للورثة لان الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر ان الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكر فالقول له وفي البدائع في كتاب النفقات اعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج الا ان تقيم هي البينة لان التمليك منه وفي الخلاصة انفق على معتدة الغير على طمع ان يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت ابت ان شرط في الانفاق التزوج يعني كان يقول انفق بشرط ان تتزوجيني يرجع زوجت نفسها اولا لانه رشوة والصحيح انه لا يرجع لو زوجت نفسها وان لم يشرط لكن انفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح انه لا يرجع اذا زوجت قال الصدر الشهيد قال الشيخ الامام الاصح انه يرجع عليها زوجت نفسها منه او لا لانه رشوة واختاره في المحيط وهذا اذا دفع الدراهم اليها لتنفق على نفسها اما اذا اكل معها فلا يرجع بشيء انتهى ولم يذكر ما اذا ابت ان تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا الا انه قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده انه يرجع اذا لم تتزوجه وحكى في فتاوى الخاصي فيما اذا انفق بلا شرط بل للعلم عرفا انه ينفق للتزوج ثم لم تتزوج به خلافا فمنهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما انفق على قصده لا شرطه وفيما ادعت على زوجها بعد وفاته ان لها عليه الفا من مهرها تصدق في الدعوى الى تمام مهر مثلها في قول ابي حنيفة لان عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له كان القول له مع يمينه وفي النوازل تخدت لابويها ما تا فبعث الزوج اليها بقرة فذبحتها واطعمتها ايام المأتم فطلب قيمتها فان اتفقا انه بعث اليها وامر ان تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له ان يرجع عليها لانها فعلت باذنه من غير شرط القيمة وان اتفقا على ذكر الرجوع بالقيمة فله ان يرجع وان اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان وهي منكرة **تتمة** فيها مسائل الاولى مسئلة تعورف ذكرها في باب المهر من الباب المذكور فيها ما يتعلق بالميراث فاحببنا الاتباع بذكرها للمهر زيادة فيها تزوج ثنتين في عقدة وثلاثا في عقدة ومات قبل ان يدخل بواحدة منهن وقبل ان تتعين المتقدمة نكاحها من غيرها فلها من الزوجات [illegible] عند [illegible] مع الولد [illegible] والثمن مع الولد [illegible] على ثلاثة وعشرين سهما للتي تزوجها وحدها اتفاقا

قال رحمه الله في الطعام الذي يؤكل فالقول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للأكل لا ما يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا

والباقي نصفه للثنتين ونصفه للثلث عند ابي حنيفة ره وقالا ثمانية اسهم من الباقي للثنتين وتسعة للثلاث على تخريجهما وانما قلنا المسئلة
من اربعة وعشرين لان نكاح الواحدة صحيح على كل حال لانه ان تقدم فظاهر وكذا ان توسط لانها تكون ثالثة ان وقع بعد الثنتين ورابعة
بعد الثلاث وكذا اذا تأخر لبطلان نكاح احد الفريقين فيقع هي ثالثة او رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال ثم نقول ان صح
نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث وان صح مع الثلث فلها ربعه فيحتاج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنى عشر او نقول مخرج
الثلث من ثلاثة والربع من اربعة وبينهما مباينة فضربنا احدهما في الآخر فصار اثنى عشر فيكون لها الثلث في حال اربعة والربع في حال ثلاثة
فثلاثة ثابتة بيقين والربع يجب في حال دون حال فيتنصف للشك فيه فينكسر فيضعف فيصير اربعة وعشرون او يضرب مخرج النصف وهو
اثنان في اثنى عشر فصار اربعة وعشرين ثم نقول للتي تزوجها وحدها سبعة من اربعة وعشرين لان لها الثلث في حال ثمانية والربع في حال ستة
فستة ثابتة بيقين ووقع الشك في سهمين لانهما يسقطان في حال ويثبتان في حال فيثبت احدهما فيضم الى ستة صار لها سبعة وما بقي تسعة للثلاث
لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة اربعة عندهما على اختلاف تخريجهما اما ابو يوسف ره فيعتبر المنازعة فيقول لا منازعة للثنتين في السهم
السابع عشر لانهما لا يدعيان الا ثلثي الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لانهن يدعين ذلك لانهن يدعين ثلاثة ارباع الميراث
ثمانية عشر بقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فيكون بينهما نصفان فيحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية واما محمد فيعتبر الاحوال
فيقول ان صح نكاح الثنتين فلهما ثلث الميراث ستة عشر وهو حال التقدم اي تقدم الثنتين على الثلاث فيكون للواحدة سهما فيكون لهما ثمانية
فان لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية والثلث ان صح نكاحهن فلهن ثمانية ارباع الميراث ثمانية عشر لان الواحدة ترث معهن فان لم يصح فلا شيء
لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط من الغلط قولنا الحاء مع الحاء والعين مع العين اي محمد الاحوال
ويعقوب المنازعة وعند ابي حنيفة نصف ما بقي للثنتين ونصفه الآخر للثلث لان الفريقين في علة الاستحقاق سواء لان كل فريق يستحق في حال
وهو ما اذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراثهن بين الفريقين
نصفين كذا هنا فلما تنصف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية واربعين او تضرب مخرج النصف وهو اثنان في اربعة وعشرين فيصير ثمانية
واربعين للواحدة من ذلك اربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فتطلب بين السهام والروس الاستقامة والموافقة والمباينة فنقيم
اربعة عشر على الواحدة ولا يستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلث ولا موافقة بين ذلك ايضا فحصل معنا اثنان وثلثة فتطلب بين الروس
والروس الاحوال الاربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدنا ما متباينة فنضرب ثلثة في اثنين او على العكس فحصل ستة فنضربها
في ثمانية واربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريقة معرفة ما لكل ان تضرب ما كان له من هذه الستة فكان للواحدة اربعة عشر
فضربها في ستة تحصل لها اربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين احد
وخمسون ولكل من الثلث اربعة وثلثون فان قيل ما ذكره ابو حنيفة ره مشكل لانه يعطى الثنتين ما لا يدعيانه اجيب بانهما انما لا تدعيانه اذا استحقت
الواحدة ذلك السهم فاما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلث في استحقاق ما فرغ من
استحقاق الواحدة سواء وهذا الاختلاف في الارث اما المهر فالزوج ان كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله في الثلث والثنتين اجمعين ٭

وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه والله اعلم

الاول لان نكاح احد الفريقين صحيح في نفس الامر والزوج هو باشر العقود وان قال لا ادري الاول يحجب عنهن الا الواحدة لانه قربالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحري وان مات احد الفريقين والزوج حي فقال هن الاول ورثهن واعطي مهورهن وفرق بينه وبين الاواخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته او عند موته لاحد الفريقين ذلك هو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد فالدخول بهن لا يؤثر في البيان اذا لم تعلم السابقة في الوطي واما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمي لها بكماله الا ان نكاحها صحيح يقين وللثلث مهر ونصف للثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما ما مرا على اصلهما في اعتبار المنازعة والحال وابو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال ما فضل من الواحدة هناك بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لانهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما فاما هنا فالثنتان لا يدعيان النصف الزائد على المهرين والثلث يدعينه فسلم لهن وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما او نقول اكثر ما لهن ثلثة مهور بان يكون النكاح نكاح الثلث واقل ما لهن مهران بان يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلث وهو نصف مهر بقي مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثلث فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شي لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف اما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلا شي لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر وعلى الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث اوجب لهن مهرا او ميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولا يعرف الاول من الاخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا اعني اربعة اشهر وعشرا يستكمل فيها ثلث حيض المسئلة الثانية تزوج امراة وابنتها في ثلث عقود ولا يدري الاولى منهن ومات قبل الوطي والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احديهن ليس غير لانه ان تزوج الام اولا لم يصح نكاح بنتها او البنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال ابو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال ابو يوسف ومحمد يقسم بينهن اثلاثا ولو كان تزوج الام في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للام بالاتفاق للتيقن ببطلان نكاحهما تقدم او تاخر عن الام للجمع بين الاختين في عقد ولو كان تزوج امراة وامها وابنتها او امراة وامها واخت امها كان المهر والميراث بينهن اثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستوين في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لا يزاحمها الا احدى البنتين لا تيقننا ببطلان النكاح احدى البنتين والابنتان في النصف استويا لانه ليست احديهما بتعيين جهة البطلان اولى من الاخرى المسئلة الثالثة لو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها في يوم ثلث مرات ودخل بها في كل مرة فهي امراته وعليه مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما تزوجها اولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطي عن شبهة في المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعي رحمه الله بناء على ان هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت اخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدته البائن فطلقها قبل الدخول فعند ابي حنيفة وابي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستانفة خلافا لمحمد في ايجاب نصف المهر وبقية عدتها التي كانت فيها ضار على قولهما الواجب مهرين ونصف فاذا دخل بها

فصل وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربوا والزنا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت

وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعا فلا يجب بالوطي شيء فاذا تزوجها ثانيا لا يصح النكاح لانه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح وعلى قول محمد بالتزوج الاول ثم الطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعده مهر كامل ثم بالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه ايضا مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث فكان الواجب على قوله اربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على انه لم يصر مراجعا بالوطي عقيب النكاح الثاني لم يقع على موطوئها وعندهما لما كان الدخول في الاول دخولا في الثاني كان الطلاق الثاني عقيب الدخول ولا يخفى عليك ان الدخول الاول لم يكن في نكاح بل ليس الا وطيا بشبهة فاقتضى قولهما على هذا ان الرجعة تثبت بالوطي في عدة وان كان تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطي بشبهة اذا كان مسبوقا بطلاق ولو قال كلما تزوجتك فانت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما واربعة مهور ونصف على قول محمد وتخريج ذلك على الاصل المذكور لكن فقول محمد يلزمه اربعة مهور ونصف على الاصل المذكور له آنفا ظاهر واما وجه ما ذكر عندهما فلانه بالنكاح الاول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثاني طلقت باينا ولها مهر كامل لانه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لان الطلاق باين وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر وبالدخول بعده مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصف ثلثة بالدخول ثلث مرات ونصف بالتزوج الاول ومهران بالتزوجين الاخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

فصل في مهور الكفار لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار **قوله** واذا تزوج نصراني المراد اذا تزوج ذمي كتابي او مجوسي على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها او طلقها قبل الدخول او مات عنها فليس لها مهر ولو اسلما او رفع احدهما الامر الينا او ترافعا وهذا اذا لم ينويا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوجها على دم لانهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لانهم لا يتمولون الميتة حتف انفها بخلاف الموقوذة وكذا في الحربيين هذا مذهب ابي حنيفة وبه قالا في الحربيين اي لو اسلما او ترافعا اما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها ان دخل بها او مات احدهما والمتعة ان طلقها قبل الدخول لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين ايضا لان الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيتناول الكفار بناء على انهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها غير انه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من اهلها فيتمحض معاملة في حقه ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين الاحكام وليس لنا عليهم ولاية الالزام للتباين بخلاف اهل الذمة فانهم التزموها في المعاملات وولاية الالزام ثابتة فنعزره اذا زنى ونمنعه عن الزنى ونحكم بفساده والنكاح منها ولذا تجري عليهم احكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم لعموم الخطاب حتى اذا ترافعا يقضي عليهما بالزامها حال كونها حربيين انما اثر ذلك في الوجوب ليظهر عند امكان الزامهم اثره قوله ولابي حنيفة ره حاصله منع المقدمة القائلة انهم التزموا احكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين في عقد الذمة ما يعتقدون خلافه فيها الا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فمحل احدهما من يدين بحرمتهن ومحل الآخر من لا يتدين به كالمجوس فلم يلتزموا ما لم نؤمر بالزامهم بل نتركهم وما يدينون فصار اهل الذمة اولى من اهل الحرب بذلك لان المانع فيهم المنعة الحسية وامرنا بعدمها والمانع في اهل الذمة المنعة الشرعية وامرنا بتقديرها بخلاف الربوا لانه مستثنى من عقودهم قال صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد روى معناه القاسم بن سلام

ـ كان الطلاق عقيب الثاني

وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هاهنا ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام

بسنده في كتاب الاموال عن ابي المليح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران فكتب لهم كتابا وساقه وفيه ولا تاكلوا الربى فمن اكل منهم الربى فذمتي منهم بريئة وفي مصنف ابن ابي شيبة بسنده الى الشعبي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى ان من بايع منكم بالربى فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذ امتنعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرط البقاء والذي يقتضيه النظر ان الاستدلال على ان الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر رحمه الله الا ان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى ان لا يتعرض لهم ما لم يرضوا بحكمنا ويسلموا وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا في ذمتهم وحالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا يمنع القضاء بالتقرر في الذمة اول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم

قوله وقد قيل ان في الميتة والسكوت عن المهر روايتان بخلاف نفيه صريحا ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل وذكر الكرخي انه لا فرق بين قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بين السكوت والنفي ووجهه على ما في المبسوط ان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشرط ووجه الظاهر ان النكاح معاوضة فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست مالا عندهم فذكرها لغو وصحح المصنف ان الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر قوله فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير باعيانهما ثم اسلما او اسلم احدهما قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر والخنزير وان كان بغير اعيانهما واسلما قبله فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا التفصيل مذهب ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وهو قول الائمة الثلاثة وقال محمد لها القيمة في الوجهين وهو قول ابي يوسف رحمه الله الاول ولما اشترك قولاهما في عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا باعيانهما جمع بينهما في دليله فقال وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض المعين ولهذا لو هلك قبل القبض او تعيب فاحشا فهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا والا فقيمته وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف الا بالقضاء او التراضي على ما اسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا فيكون له شبه بالعقد لثبوت اثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع العقد اي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فامتنع افترقا فقال ابو يوسف رحمه الله لو كانا مسلمين وقت العقد فعقدا على الخمر والخنزير يجب مهر المثل وكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض تجب القيمة لامتناع اعطائه مثل الخمر قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا لملكه ولا لملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل ناقلا لمجرد الضمان من الزوج الى المرأة في الهلاك وذلك اي انتقال الضمان لا يمتنع بالاسلام لان موجبه صورة اليد وصورتها لا تمتنع بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره والذمي اذا غصب منه الخمر والخنزير ثم اسلم له ان يسترده من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخللها او يريقها والخنزير فيسيبه فان كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعنا كونه مؤكدا وان كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولان سلمنا ان القبض مؤكد للملك فلا نسلم ان الاسلام يمنع تأكد الملك بدليل ان من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان الملك فيه واه يجوز ان يهلك

بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما

العبد عنده قبل التسليم اليه وبالتسليم اليه يتقرر الملك وهذا التسليم لا يمتنع بالاسلام وان كان فيه تاكيد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها وبها عيب ثم اسلم سقط خيار الرد وان كان في سقوطه تاكد ملك الخمر فعلم ان الاسلام لا يمنع تاكد الملك **قوله** بخلاف المشتري متصل بقوله يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والاسلام مانع منه فلذا لو باع الذمي الخمر والخنزير او اشتراهما ثم اسلم ينفسخ البيع لامتناع افادة ملك فيهما مع الاسلام وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالاجماع ونقل عن بعض الفضلاء ان قوله في النهاية ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فيقبض المشتري ناقل للضمان الملك وضمان المهر في يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافي قول النهاية وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وهو غلط وانما معناه ان الهلاك في يد البائع يعود الى ملكه فاذا هلك على ملكه لا يضمن لاحد شيئا بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن واما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب وبهذا صرح في النهاية بعد قوله يهلك على ملكها بان قال ولهذا وجب لها القيمة **قوله** ولو طلقها قبل الدخول بها ففي المعين لها نصفه عند ابي حنيفة رح وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لانه اوجب القيمة فيتنصف وعند ابي يوسف رح وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف

باب نكاح الرقيق الرقيق العبد ويقال للعبيد لما فرغ من نكاح الاحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم اولاه نكاح الارقاء ثم اولاه نكاح اهل الشرك واما ما تقدم من فصل النصراني فانما هو في المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فاورد فيه تتمة له **قوله** لا يجوز نكاح العبد الا باذن سيده اي لا ينفذ فانه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك ورواية عن احمد والنسبة الى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقرير وجه المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بان من ملك فسخ شيء ملك وضعه ويمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه وكذا ملك التطليب ولم يملك اكل السم وادخال الموذي على البدن والاوجه بيانها بانه ملك الطلاق لانه من خواص الادمية فكذا النكاح ويجاب بما سنذكره والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي السنن ايضا عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اما في العبد فتشتغل الذمة بالمهر والنفقة واما في الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا تصرف في ماله بالافساد فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يبطل الاقرار من العبد على نفسه بالحدود والقصاص مع ان فيه اهلاكه فضلا عن تعييبه لانا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع امرا ونهيا كالصلوة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيره الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الاحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد اخرجه عن ملكه في ذلك الذي دخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد واعاظم العيوب وكذا المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اذ به يحصل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الاب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الامة لا العبد لانه تنقيص للمالية والزام

ولذا للمكاتب لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا وكذا المدبر وأم الولد لأن الملك فيهما قائم وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الإذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن أصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى فكان الحمل عليه أولى وإن قال طلقها تطليقة تقع عليها رجعة فهذا إجازة لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين الإجازة ومن قال لعبده

أنه كالمكاتب والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الأمة عند أبي حنيفة ره ومحمد رح وقال أبو يوسف رح يملكون وإنما لم تجز تزويج المكاتبة نفسها لا ذكره تمم إليه وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا من زيادة ذات المكاتبة على الرق والاكتساب الذي أوجب الكتابة إطلاقه له ما لا يوجب خللا في ذاتها المملوكة والاكتساب بالنكاح إنما يكون بتمليك جزء منها بغير السيد أو بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالأرش ولأن هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحة الإباحة باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وإفضائها إلى زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد إلى الرق فترد مملوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد

قوله وكذا المدبر والمدبرة يعني لا ينفذ نكاحهما إلا بإذن المولى وكذا ابن أم الولد يعني لو زوج أم ولده فجاءت بولد من الزوج فإن حكمه حكم أمه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه وأما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة ره لأنه كالمكاتب وعندهما يجوز لأنه حر مديون وهذا الفرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ولا يجوز للعبد أن يتسرى أصلا أذن له مولاه أو لم يأذن لأن حل الوطء لا يثبت شرعا إلا بملك اليمين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح قوله وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه بخلاف ما إذا تزوج بغير إذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فإنه لا مهر عليه حتى يعتق لأنه لم يظهر في حق المولى لعدم الإذن فيه وقوله يباع فيه أي إن لم يفده المولى وتقريره أنه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه أما وجوبه فلمقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للإذن وأما كونه في رقبته فلإذن السيد ولدفع المضرة عن أرباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والحاصل أن الدين إنما يثبت في الذمة وثبوته فيما لا يتوقف على إذنه فإنه لو باشر إتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين أذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم أن يستوفوا من نفسه فعلى هذا يكون الإذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير أنه إن فداه المولى حصل المقصود والمقتضى لذلك دفع المضرة عن أرباب الديون وإذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد أخرى لأنها تجب شيئا فشيئا ولو مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي ولو زوج عبده من أمته لا يجب عليه مهر لها وللسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لأن وجوبه لحق الشرع والأولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لأنه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى قوله والمدبر والمكاتب يسعيان إلخ أي لما لم يجز بيعهما امتنع الأداء عنهما ببيعهما لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك وكذا معتق البعض وابن أم الولد فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما إلا أن عجز المكاتب فيرد في الرق فيباع في المهر قوله فقال له طلقها أو فارقها فليس ذلك بإجازة تزويج العبد نفسه بلا إذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على إذن المولى وإذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل أن يقول رضيت أو أذنت أو أجزت والدلالة أن يسوق إليها المهر أو بعضه وسكوته لا يكون إجازة وثم ألفاظ اختلف فيها وألفاظ اختلف في عدم اعتبارها فمثل قوله هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله لك فيها وأحسنت وأصبت أو لا بأس به اختلف فيه قال الفقيه أبو القاسم ليس شيء منها إجازة واختيار الفقيه أبي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد أنه إجازة ما لم يعلم أنه قاله استهزاء إذ أعرف هذا فمسألة الكتاب وهو ما إذا قال طلقها لا شك أن مقتضى حقيقة اللفظ فيها الإجازة لأن الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر إلى حال العبد وذلك أن افتيات العبد على سيده وتمرده بمباشرة سبب تعيبه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولي المحض فإنه معين والإعانة تنتفي بها الإمضاء لتصرفه وعدم الغاية ولذا لو قال للفضولي طلقها كان إجازة على ما هو الأوجه

تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا او دخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطى

ولذا قلنا اول المسئلة في العبد انه فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعماله فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد ما لم يعلم قصد الاجازة بتظاهر تقترن به او نص آخر مثل ان يقول طلقها تطليقة تملك الرجعة او اوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته بخلاف طلقها فانه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاقا مجازا انفصلت بهذه المسئلة متمسكا لابي القاسم ومن قال بقوله والجواب ان لفظ الطلاق المجرد استعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو حسنت الخ فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل لظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم اتتخذنا هزوا قال اعوذ بالله ان اكون من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهوم يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح ولذا لم يستعمل المفيد اعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة او اوقع عليها في المتاركة فجعل اجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن سمعه ما لم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصر لما لم يوجبه الا بان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح افاد انه يثبت اقتضاء فيورد عليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال للعبد كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا لا يعتق مع ان كلا منهما لا يكون الا للعبد الحر واجيب بان اثبات الشرائط التي هي اصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للتعلق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لثبوته تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعييب مال الغير فقوله طلقها رجعيا تضمن رفع المانع اقتضاء لا اثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والحكم شرط العتق وقوله اعتق عبدك عني بالف يثبت به تحويل المملوكية اليه لا اصلها في العبد ومملوكيته في العبد امر زائد على مملوكيته وعلى تقريرنا لا يحتاج الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد ان باشر بلا اذن فللمشتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث اما ان كانت امة فتزوجت بلا اذن ثم ماتت المولى فورثها من يحل له وطؤها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطؤها كان ورثها جماعة او امرأة او ابن المولى وقد كان مولاه وطئها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا في امة تزوجت بغير اذن مولاها فوطئها الزوج فباعها المولى للمشتري الاجازة لانه لا يحل له وطؤها لان وطء الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع واصله ان الموقوف على اجازة انسان تحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني مثله في ذلك فالحاصل انه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله **قوله** تزوج هذه الامة التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المعينة **قوله** واصله اي الخلاف الاختلاف في ان الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يختص بالصحيح والاتفاق على ان الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى ان التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالمقام بالتوكيل بالنكاح لان عمدة الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا لو حلف لا يتزوج

ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبداً مأذوناً مديوناً له امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء في مهرها ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصوداً إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فبمهر مثلها أسوة للغرماء ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لأن حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة إبطال له فإن بوأها معه بيتاً فلها النفقة والسكنى وإلا فلا لأن النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتاً ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لأن الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح

ينصرف إلى الجائز فلا يحنث بالفاسد لأن المراد في المستقبل الحلف على الإعفاف وذلك بالصحيح بخلاف لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لأن المراد في الماضي العقد والحمل بالبيع يجامع أن بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعميم وإجراء اللفظ على إطلاقه فينبني على هذا الاستتباع في المهر في الفاسد إذا دخل بها فيه عنده وعندهما لا وأنه لا يجوز له تزوج أخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الإذن بالفاسد وعندهما له ذلك لأن الإذن لم ينته بذلك **قوله** ومسألة اليمين على هذه الطريقة أي طريقة إجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الأخرى أن العبد في النكاح يبقى على الحرية لأنه من خواص الآدمية والحاجة إلى إذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكأنه قال له إذا قال تزوج اشغل رقبتك بالمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة بصحيحة لما نذكر من ملك السيد إنكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لأنه قد يعجز عن الإمساك بالمعروف لتباين الأخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الإطلاق ويجاب عن مسألة اليمين بأن الأيمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الإعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الإعفاف بالفعل فبطل ما يقال الإعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحالف عليه والله أعلم **فروع** الأول تزوج العبد بلا إذن فطلقها ثلاثاً ثم أذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند أبي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند أبي يوسف رحمه الله الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الأب لا يفسد النكاح عندنا إلا أن يعجز ويرد في الرق وعند الشافعي رحمه الله يفسد للحال لملك زوجته شيئاً منه ولذا يصح إعتاقها إياه وبدل الكتابة لها قلنا لم تملكه لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا بالفساد النكاح وإنما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة ولذا يعتق فيه لأنه يبرأ عن بدل الكتابة ولولا هم يعتق الثالث إذا غر عبد بحرية أمة فتزوجها على أنها حرة فولدت فالولد عبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر **قوله** ومن زوج عبداً مأذوناً له مديوناً امرأة جاز والمرأة أسوة الغرماء إذا كان النكاح بمهر المثل أو أقل فلو زوجها منها بأكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع وما يخال من أنه إبطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لأن النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصوداً بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكماً له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الأهل في المحل ثم تلزمه بطلان حقهم في مقداره إذا كان مهر مثلها أو أقل الخصوص أمر واقع هو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الأمر فكان ضمنياً فلا يعتبر في إثباته ونفيه إلا ما للمتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة صح وكانت أسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها وكذا إذا زوج أم ولده ومدبرته وإن شرط الزوج التبوئة لأنه شرط لا يقتضيه العقد على الأمة غير أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوئة أن يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوئة وعند الشافعي رحمه الله وأحمد رحمه الله يستخدمها نهاراً ويسلمها للزوج ليلاً وعند مالك رحمه الله يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلاً ونهاراً وفيما بعد الثلث والتبوئة إبطال له فيكون إبطالاً لحق الأعلى للأدنى وإقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوئة بل بمجرد إطلاق وطئه إياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وبهذا القدر ثابت فإثبات القسم كذلك إثبات بلا دليل لأن انتقال الملك منافع بضعها لزمه تسليمها إلا أنا نقول التسليم بالتخلية والتبوئة أمر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها وإذا بوأها ثم بدا له أن يردها إلى خدمته كان له ذلك وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما أعادها سقطت فإن قلت ما الفرق بين أن يشترط الزوج التبوئة فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوئة وبين أن يشترط الحر المتزوج أمة رجل حرية أولاده حيث يلزم في هذه وتثبت حرية ما يأتي من

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما

من اولاده وهذا ايضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط التبوئة فانه بتعليقها لا يقع هي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير انه لم يف به لا يثبت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة ولو لم تكن مبوأة من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما

فروع ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب اهـ قال اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجع الى مذهبنا لان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينفذ عليهما علما ورضيا او لا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرها عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الايضاح والطحاوي عن ابي يوسف وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما ان ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالاجنبي وكتزويجه مكاتبته ومكاتبته بخلاف امته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه المقتضي لتمكنه من اصلاحه ودفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به او في ماليته لتعيبه فاما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وانها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا فان الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها واما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها واما الحاقه بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما وعن هذا استظرفت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها لحقت بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت فعتقت بقي النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال رقها ولم يعتبر بعد العتق هكذا اوردها الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من انه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف فاما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجبر وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لا نفاذ حالة الصبا وعدم اهلية الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل العبارة بخلاف البالغ وسيأتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرة ابطال امضاء سيده شيء

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله

فيكون منتفيا فضعيف لان المراد والله اعلم على شيء من المال ليساقه في مقابلة ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون
والقطع بانه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال **قوله** ومن زوج امته ثم قتلها اي السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج
امته هو المستحق لها فلو قتلها قبل الدخول سقط عند ابي حنيفة رحمه الله عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم
سقوطه بقتلها اياها بعد الدخول وبقتل المولى زوجها وموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله ولو ماتت حتف انفها لم
يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله اياها بعد لزومه وكقتل الاجنبي اياها ولابي حنيفة رحمه الله انه
منع المبدل قبل التسليم والتسليم فيجازى بمنع البدل اذا كان من اهل المجازاة كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول او قبلت ابن الزوج والقتل وان كان
موتا لكنه جعل في احكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد اجلها وقد ثبتت احكامها
كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطاء وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن
ضمن قيمتها ولو لم يكن من اهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته وصيه مثلا فالواجب ان لا يسقط في قول ابي حنيفة رحمه الله بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت
يسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من اهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر والردة محظورة عليها الا الامة فلا رواية في ردتها واختلف المشايخ قيل
لا يسقط لان المنع هو المسقط لم يكن ممن له الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المهر يجب اولا للامة ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها
دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله **قوله** وان قتلت حرة
نفسها قبل ان يدخل بها فلها مهر مثلها يستحقه ورثتها خلافا لزفر رحمه الله ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل [illegible] الشافعي وهو قول له والقول الآخر بالسقوط
وانما قيد بالحرة لان في قتل الامة نفسها روايتين عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية لا يسقط كالحرة بل اولى لان [illegible] لا العاقد وهو لم يباشر منع المبدل
وهو قولهما وقول مالك رحمه الله وقول الشافعي رحمه الله في رواية يسقط وهو مذهب الشافعي رحمه الله لان فعل المملوك يضاف الى مالكه في موجبه ولذا لو قتلت غيرها كان
المخاطب بدفعها او فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها والاوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشايخ في ردتها بالسقوط وهو ان المهر يجب
اولا لها ثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولوية ما ذكرناه اذا كان عليها دين قضي ولم يعط المولى الا ما فضل لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل
المولى امته على قول ابي حنيفة والجامع بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها ما بينا من منع المبدل قبل التسليم ولنا ان جناية المرء
على نفسه هدر في احكام الدنيا انما يؤاخذ به في الآخرة ولذا قال ابو حنيفة رحمه الله ومحمد في قاتل نفسه يغسل ويصلى عليه ولم يعتبروه باغيا على نفسه
بخلاف ردتها فانها معتبرة في احكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فسقط بها المهر بخلاف قتل المولى امته لانه اعتبر في احكام الدنيا
حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها اما الامة فمهرها ملك
للمولى فكان فعلها ابطالا لحق نفسه وهو يملكه كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه قيمته ولو قال له اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لانه في الاول
مبطل حق نفسه و في الثاني مبطلا بحق الورثة واستشكل بالحرة بقتلها وارثها لا يسقط المهر واجيب بانه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل
مبطلا حق نفسه في المهر **قوله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم
لما في مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها عن جذامة بنت وهب اخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في اناس فسألوه عن العزل فقال ذلك الوأد

وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان الوطي حقها حتى ثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة

المنفى وكذا ذكر شعبة عن عاصم عن زر بن حبيش عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال هي الموؤدة الصغرى وصح عن ابي امامة انه سئل عنه فقال ما كنت ارى مسلما يفعله وقال نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ضرب عمر على العزل بعض بنيه وعن عمر وعثمان رضي الله عنهما انهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففي الصحيحين عن جابر كنا نعزل والقرآن ينزل وفي مسلم كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفي السنن عن ابي سعيد الخدري ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي جارية فانا اعزل عنها وانا اكره ان تحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه وفي صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان عندي جارية وانا اعزل عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيئا اراده الله تعالى فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم انا عبد الله ورسوله فهذه الاحاديث ظاهرة في جواز العزل وقد روي عن عشرة من الصحابة علي وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي ايوب وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وابي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وروي ايضا عن ابن عباس رضي الله عنه وحديث السنن يدفع حديث جذامة وهو وان كان في السنن فهو حديث صحيح وان وقع فيه اختلاف عن يحيى بن ابي كثير فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيل فيه عن ابي مطيع بن رفاعة وقيل عن رفاعة وقيل عن ابي سلمة عن ابي هريرة فان الطرق كلها صحيحة وجاز ان يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق لكن يبقى التعارض بينه وبين حديث جذامة لانه يخرج عن الاصل اعني الاباحة الاصلية الا ان كثرة الاحاديث تدل على اشتهار خلافه وقد اتفق عمر وعلي رضي الله عنهما على انها لا تكون موؤدة حتى تمر عليها التارات السبع اسند ابو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن ابيه قال جلس الى عمر علي والزبير وسعد في نفر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لا باس به فقال رجل منهم انهم يزعمون انها الموؤدة الصغرى فقال علي لا تكون موؤدة حتى تمر عليها التارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر فقال عمر رضي الله عنه صدقت اطال الله بقاءك وفيه خلاف ما عن علي وعمر رضي الله عنهما من المنع المتقدم ثم في بعض اجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدمه ثم على الجواز في امته لا يفتقر الى اذنها وفي زوجته الحرة يفتقر الى رضاها وفي منكوحته الامة يفتقر الى الاذن والخلاف في انه للسيد او لها وهي هذه المسئلة وفي الفتاوى ان خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها ثم في بعض نسخ الهداية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو الموافق لما ذكر صدر الشهيد والعتابي وفي بعضها وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهي النسخة الصحيحة لانه لم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية بل ذكر الجواب في الجامع الصغير انه لمولاها من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله في وجه قول ابي حنيفة رحمه الله وجه ظاهر الرواية وجه المروي عنهما ان الوطي حقها حتى ان لها المطالبة به وفي العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة ووجه الظاهر ان حقها في نفس الوطي وقد تأدى بالجماع فاما قضاء الشهوة به واما سفح الماء فانما فائدته الولد والحق فيه لمولاها لانه عبده ومستفاده فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذن او بغير اذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه قالوا ان لم يعد اليها او عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وان لم يبل لا يحل كذا روي عن علي رضي الله عنه لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولذا قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل وفي فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد واكبر ظنه انه ليس منه كان في سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل ولو كان الزوج عبدا قالوا الخصومة للمولى او لها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح ما لم يتخلق شيء منه ثم في غير

وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة ولذلك خيار الكتابة يعني

موضع قالوا ولا يكون ذلك الا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي انهم ارادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة

قوله واذا تزوجت امة باذن مولاها او زوجها هو برضاها او بغير رضاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا اما اذا زوجت نفسها بغير اذنه ثم اعتقها فيأتي انه ينفذ النكاح بالاعتاق ولا خيار لها والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشأ الخلاف الاختلاف في ترجيح احدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة هل كان حين اعتقت حرا او عبدا وفي ترجيح المعنى المعلل به اما الاول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواه القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان عبدا وثبت في الصحيحين انه كان حرا حين اعتقت وكذا روي في السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة رضي الله عنها ترجيح انه كان حرا وذلك ان رواة هذا الحديث عن عائشة رضي الله عنها ثلثة الاسود وعروة والقاسم فاما الاسود فلم يختلف فيه عن عائشة رضي الله عنها انه كان حرا واما عروة فعنه روايتان صحيحتان احدهما انه كان حرا والاخرى انه كان عبدا واما عبد الرحمن بن القاسم فعنه روايتان صحيحتان احدهما انه كان حرا والاخرى الشك ووجه آخر من الترجيح مطلقا لا يخص بالمروي فيه عن عائشة رضي الله عنها وهو ان رواية خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو للعطف فيه لا للحال وحاصلها انه اخبار بامرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها وهذا بعد احتمال ان يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح انه رواية كان حرا انص من كان عبدا وايضا فتثبت زيادة فهي اولى وايضا فهي مثبتة وتلك نافية للعلم بانه كان حالة اصلية الرق والنافي هو المبقي والمثبت هو المخرج عنها واما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي رحمه الله وغيره عينوه عدم الكفاءة وهو ضعيف فان ثبوتها انما يعتبر في الابتداء لا في البقاء الا يرى انه لو اعتبر الزوج في البقاء ينبغي لا يثبت لها الخيار واصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لانها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا من الخلاف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكانه اعتماد على اثبات الاصل المختلف فيه اوردانه دفع ضرر باثبات ضرر وهو رفع اصل العقد واجيب بانها لا تمكن الا به مع انه رضي به حيث تزوج امة مع علمه بانها قد تعتق ثم انه استضعف بان عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملك الثالثة يستلزم طولها فقد تقول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بان لا يطلقها اصلا الى الموت فلا ضابطة لذلك وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها روى ابو بكر الرازي بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات اخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن ابي هند عن عامر الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك منك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة واخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك منك وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر الا التنبيه على ثبوت اختيارها لنفسها وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة قوله صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة واذن فالواجب ان تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاها ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها حرا او عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت باداء الكتابة بعد ما زوجها سيدها برضاها او غيره وخالف زفر رحمه الله في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم ان سيد الامة لو زوجها برضاها ثم اعتقها كذلك ان لا خيار لها وليس بصحيح والاوجه في استدلاله ان النص لم يتناولها وهو قوله عليه السلام ملكت بضعك فاختاري

اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدنا في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها تطليقتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم عتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال

ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على

الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لا يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد

والمكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق واجيب بالمنع لان ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة لنفسها وانما كانت مالكة لاكسابها والقائل ان يقول قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس معناه الا منافع بضعك اذ لا يمكن ملكها العينه وملكها الاكسابها تبع لملكها لمنافع نفسها واعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص وترجح قول زفر وفي المبسوط لو كانت حرة في اصل العقد ثم صارت امة بان ارتدت امراة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند ابي يوسف رحمه الله لانها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد رحمه الله لا خيار لها لان باصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك بعارض الرق فاذا اعتقت عاد الملك الى اصله كما كان فلا يثبت الخيار لها **قوله** وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح اي نفذ بمجرد العتق ولا فرق بين الامة والعبد في هذا الحكم وانما فرضها في الامة ليترتب عليها المسئلة التي تليها تفريعا وعن زفر رحمه الله انه يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته لبعد بطلان ولايته واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة اذ لا واسطة توجها كما اذا اشترى ثم اعتقه يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم امكان القسمين ولنا ان الامة والعبد من اهل العبارة ولذا صح اقرارهما في الدين ويطالبان بعد العتق واهلية العبارة من خواص الآدمية وهي باقية فيهما على اصل الحرية وامتناع النفوذ لحق المولى قد زال بالعتق وحاصله ان الامة تاخذ من جهتها ويجب ان ينفذ من جهة المولى ما دام حقه فاذا زال بقي النفاذ من غير جهة توقف اما البطلان فيما ذكر فليس كما قال بل لان المشترى تحول حكم العقد الواحد فانه العقد موجب الملك للمولى لو نفذ بعد عتقها كان موجبا الملك لها الخ قاله المصنف رحمه الله والتعليل ينتقض بصور منها لو تزوج بغير اذن سيده ثم اذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ما صنع واما اذا زوج فضولي شخصا ثم وكله توقف على اجازة الفضولي بعد الوكالة واما اذا زوج ولي بعيد مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب او مات فتحولت الولاية الى الزوج توقف على اجازته مستانفة منه وكذا لسيد المكاتبة الصغيرة اذا زوجها بلا اذنها توقف على اجازتها فان لم تجز حتى عتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقلة من السيد مع انه المزوج اجيب عن الاول والثاني بان الاذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة الى ما يستقبل من وقتهما فلا يسلمان فيما مضى قبلهما فكان مقتضى هذا ان لا يجوز بالاجازة ايضا الا انا استحسناه وعن الثالث بان الابعد لم يكن وليا حين صح ومن ليس وليا في شيء لا ينفي النظر في عواقبه ويحكم الراي فيه بل يتوانى اتكالا على راي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح ظاهرا فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا ليثبت الظهور كونه اصلح قال في الفوائد الظهيرية وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعني سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بان الاولى الابعد انما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره وفيه اعتماده على راي الاقرب ايضا فلا تتجه اعتماد المولى على راي الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره وفيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه من النظر وو عدنا من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ **قوله** ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق وخيار العتق انما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لرفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة لذلك واورد ينبغي ان يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر ان النفاذ قبل العتق والجواب ان الشيء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار معه **قوله** فان كانت تزوجت على الف ومهر مثلها مائة فانه نص على زيادة المسمى على مهر المثل ليعلم الجواب على التفصيل ان دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لانه استوفى منافع مملوكة له او بعده فلها لانه استوفى منافع لها ولو كان بها دران في الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية مع كان دخولا في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى

العتق

باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطی امة ابنه فولدت منه فهی ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطی يلاقی ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعی رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما فی الجارية المشتركة وحكم الشی يعقبه والمسئلة معروفة .

منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا اعتقت ووطيت يجب المسمى لها لانه مع صحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية فيلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب مع الايقال فيجب ان يكون المهر فی الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر فی القائم لا فی الفائت ومنافع البضع فاتت حين كانت كانت على ملك المولى فكان بدلها له قد يقال لو استند الى اصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى فلم يدخل بها حتى اعتقها وهو معدل عن صورة المسئلة فانها النفاذ بالعتق وبه ملكت منافعها بخلاف النفاذ بالاذن ثم الرقائم هذا اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر لا يتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز جاز فاذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز اباها او جدها وقد بينا فی باب الاولياء انه يستغنى بخيار البلوغ عن خيار العتق لانه المنجز **قوله** لنفاذه مع قيام بالاستناد لم يجب مهر آخر ای مهر المثل بالدخول فی نكاح موقوف وقد ذكرناه **قوله** ومن وطی جارية ابنه فولدت منه فهی ام ولد له وعليه قيمتها

ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان للاب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ولو افاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة اشهر صح استحسانا لا قياسا ولو كان من اهل الذمة الا ان ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الاب ويشترط ايضا كون الامة فی ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو حبلت فی غير ملكه او فيه واخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعی قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك ولا يشترط فی صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب ولا تصح دعوة الجد لام اتفاقا وشرط دعوة الجد لاب ان يكون حال عدم ولاية الاب لموت وجنون او رق او كفر وان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا فی الاب **قوله** ووجهه ای وجه هذا المجموع ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى بقاء نفسه لما سنذكره كذا الى صون نسله لان كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس اشد منها الى حفظ النسل فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة ويحل له الطعام عند الحاجة ولا يحل له وطی جارية ابنه عند الحاجة اليه عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن انس وابن ابی ليلى انه يجبر الابن على الاتفاق عليه ودفع الجارية اليه للتسری فعلاج جاز له التملك والمقصود ما اوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصود الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا مهر عليه وهو مهر مثلها فی الجمال ای ما يرغب فيه فی مثلها جمالا فقط واما قيل ما يستاجر به مثلها للزنى لو جاز فليس معناه بل العادة انما يعطى لذلك اقل مما يعطى مهرا لان الاول للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادة عليه خلافا لزفر والشافعی فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبل الوطی شرطا لصحة الاستيلاد عندنا وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهی مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطی قلنا لازم كون الفعل زنا صياح الماء فلو لم يتقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعی والا فالزوم فظهران الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن وغيره تجب حصة الشريك الابن وغيره من العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقديم الملك فی كلها لان الاستيلاد وجب وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك له يكفی لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك فی باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى هذا ان لا تجب

قال ولو كان الابن زوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهم وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه بالقرابة **قال** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين

قيمة الولد بالتزوج كقولنا لكن في قول يجب ولا يحد قاذفه اتفاقا لان شبهة الخلاف في ان الملك ثبت قبل الايلاج او بعده ويسقط احصانه **قوله** ولو كان الابن زوجها اي زوج امته اباه فولدت منه لا تكون ام ولد للاب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر وهذا لانه صح النكاح خلافا للشافعي رحمه الله لان عنده لا يجوز تزوج الاب جارية الابن ومبنى الخلاف فيه ان الثابت للاب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزوجها كامته ومكاتبته والامة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه واستدل عليه بانه اي الابن يملك من التصرفات فيها ما لا يبقى معه ملك الاب ولو قال ما لا يجامعه ملك الاب كان اولى فلا يكون للاب فيها ملك من وجه فهذه التصرفات هي وطؤه اياها والانفراد بتزويجها واعتاقها من غير ان يضمن للاب شيئا فهذه لوازم المركب من ملك وعدم ملك الا من كل وجه واذا انتفت هذه الاحكام اجماعا لزم كون المراد بما رواه الامام احمد انت ومالك لابيك اثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح الا يرى ان الواهب يملك التزوج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد واصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان ابي يحتاج الى مالي قال انت ومالك لابيك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وما روي فيه عن حديث عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا من اموالهم معلقة بمجرد الاحل فان قيل لا نسلم ان حل الوطء ولوازمه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في ام الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم اجزائهما عن الكفارة قلنا بل هما مملوكتان من كل وجه وعدم الاجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا في رقهما لا في ملك السيد واعلم ان المجاز لا بد منه في تركيب لانا اضاف المال للابن بقوله ومالك فهو يفيد الملك لانه حقيقة الاضافة في مثله ثم اضافه مع الابن للاب باللام المفيدة للملك في مثله والعطف عطف مفرد ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال ايضا نفي حقيقة الملك والا كانت اللام للمعنيين مختلفين في اطلاق واحد فبقي تعيين المعنى المجازي هل هو حق الملك او حق التملك فقد يقال حق الملك اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب اليها اولى لكن الاحكام التي ذكرناها تمنع حق الملك لانه ملك من وجه وهي تمنعه واذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا يصير به ام ولد للاب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لا يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه وعن زفر لانها تكون ام ولد له بالغرور للاب والقيمة عليه فيها فاولى بالحمل بعد صدوره عنه فان امومية الولد فرع لملك الامة وملكها ينافي النكاح انما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح **قوله** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وكذا اذا كانت الامة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه وقال زفر لا يفسد واصل الخلاف ان العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون ولاؤه له ولو نوى به الكفارة تسقط عنه وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء والمقتضي هو تصحيح كلام العاقل صونا له عن اللغو اذ لا مانع منه بخلاف ما لو قال لعبده اعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المخاطب تصحيحا لكلام السيد لان الحرية اصل للتكفير بالمال والاصل الشيء لا يكون تبعا للفرع ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك لا يقال ملك الآمر ملك غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجة لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك اولا له لانا نقول الملك ملزوم للانفساخ فاذا ثبت ثبت الا يرى ان من قال لامرأته ان اشتريتك فانت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك له لا بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد يتهب يقع الملك لمولاه ابتداء وان وقع للوكيل لكنه متعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب الفسخ اذ لم يخلص ثبوته له لتخلص

ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا واذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات

ثبوت اللزوم فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف وامره باعتاقه عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ضمنا للاعتاق الصريح الواقع جوابا ولو اعلم انه لو صرح بالبيع فقال بعتك واعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المامور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسألة ولا يثبت صريحا كبيع الاجنة في الارحام وهذا لان الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشرط العتق الاهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المامور فاذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم الا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه **قوله** ولو قال ما تقدم كان اذا ذكر المال مع الامر فلو اقتصر على قوله اعتقه عني ففعل المامور فعند ابي يوسف رح يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع انه لا قبض منه وعندهما عن المامور رح وحاصل وجههما ان فيه شرطا لا يمكن اثباته اقتضاء وهو القبض لانه فعل حسي غير القول والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ففعل اليد الذي هو الاخذ لا يتصور ان تضمنه فعل اللسان فيكون موجودا بوجوده بخلاف القبول فانه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مرادا معه وهذا ظاهر وقول ابي اليسر قول ابي يوسف اظهر لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لان الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء بالعتق ليكون اعتباره قابضه نيابة او لان العتق تتلف ماليته

باب نكاح اهل الشرك لما فرغ من نكاح المسلمين مرتبة من الاحرار والارقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين او غيرهم وهو المراد باهل الشرك اما تغليبا او اما ذهابا الى ان اهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقدمناه في فصل المحرمات وما اطلاق الشرك عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله تعالى رب العزة والكبرياء وقدمنا انه انما اعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميما للباب المرتب واعلم ان كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح اذا تحقق بين اهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وما يقع انكحتهم بناء على تناول الخطاب العام اياهم مع ملزومية انكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكل بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم قال ولو قلت انما شرط فاذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي ان يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة قال فينبغي ان يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح وبالا ففاسد لنا قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح واسلم فيروز على اختين فقال له صلى الله عليه وسلم اختر احديهما واسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم امسك اربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتواردون الاسلام الى ان توفي صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين الف مسلم غير النساء فلم ينقل قط ان اهل بيت جددوا انكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لنقلت العادة تبعا لفعله فعلم انه قول باطل **قوله** واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين اي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر الا انا لا نتعرض لهم قبل الاسلام او المرافعة الى الحكام فالواو بمعنى او وقال ابو يوسف ومحمد رح في الوجه الاول وهو النكاح بلا شهود كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني وهو ما في عدة كافر كما قال زفر رح وله ان الخطابات عامة على ما مر في فصل الذي يذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق لقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله وهذا هو الفرق ان نكاح المعتدة مجمع على بطلانها عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك ايضا من ان مذهبهما

ولابي حنيفة رح ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما لما ذكرنا في المعتدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح لان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما

ان اهل الذمة التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات وبهذا التقييد له حيث افاد انهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقا **قوله** ولابي حنيفة رح ان الحرمة اي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة لا يمكن حقا اثباتها للشرع اي الشارع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت الكتابية تحت مسلم طلقها فانه تجب العدة حقا له لانه يعتقده فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها واذا صح النكاح حال صدوره فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها بل في ابتداء العقد بصورته وكذا العدة لا تنافيها اي لا تنافي حالة بقاء العقد كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع وجها وحرمتها عليه وهذا التقرير يفيد ان العدة لا تجب اصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا اتت به بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر وبه قالت طائفة من المشائخ وقيل تجب عنده لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الامة في حال قيام وجوبه على السيد وقيل الاول الاليق لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون وفيه نظر لان تركهم نحن بذا عن التعرض لعقد الزنا لا يستلزم صحة ما تركوا واياه كالكفر تركوا واياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز ان يقال لا تجب واذا علم من له الولد بطريق آخر وجب الحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح وبمجيئها به لاقل من ستة اشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم ينقلوا عن ابي حنيفة رح ثبوته ولا عدمه بل اختلفوا ان قوله بصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك ولا فلا ولنا ان نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط ان الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة قائمة اما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا تقرير ان الاول مقتضى توجيه ابي حنيفة رح ان الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشائخ في الاصول من ان الاتفاق على انهم مخاطبون بها في احكام الدنيا والمسئلة ليست بمحفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشائخ بخاري من بعض تفريعاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم اسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على انهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلاف لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على انهم مخاطبون باحكام النكاح غير ان حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق اهل الذمة دون اهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني ان نفي ابي حنيفة العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين تم كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل النفي هناك بقول المصنف لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالآية قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح اذا سبيا الزوجان معا وسنذكره تتمة

قوله فان تزوج مجوسي امه او ابنته او مطلقته ثلثا او جمع بين خمس او اختين في عقدة ثم اسلما او احدهما فرق بينهما اجماعا لان نكاح المحارم وما معه له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا يعني من قوله في المسئلة التي قبلها ان اهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا وهذه الانكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما مقتضاه من ان الكفار مخاطبون بالكل كقول العراقيين او بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على ان له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام في دارنا فيجعل ذلك في حقهم اذ ليس في وسع المبلغ سوى اشاعتها دون ان يعلمها لكل واحد غير انا تركناهم وما يدينون بامر الشرع فاذا اسلما او اسلم احدهما وجب التفريق واما على ما اختاره القاضي ابو زيد ومتابعوه وجملة المصنف وغيره الصحيح من ان له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو اسلم فقذفه انسان يحد خلافا لمشائخ العراق القذف مع غيره فانهم لا يوجبون النفقة

ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما بإسلامه لأن في جعله تبعا له نظرا له ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لأن فيه نوع نظر له إذ المجوسية شر منه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن أثبتنا الترجيح

والاستحسان بناء على أن الخطاب غير نازل في حقهم لإنكارهم مع عدم ولاية الإلزام فلأن المحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل وأنت علمت من هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي أن يكون هو الوجه الظاهر وإنما يصح ذلك في الحربيين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولأنه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمية كما ذكرناه وأما افتراقهما على الاعتبارين بمرافعتهما فظاهر لأنهما حينئذ رضيا بحكم الإسلام فالقاضي كالحكم وأما بمرافعة أحدهما فقط فكذلك يفرق كإسلام أحدهما وعند أبي حنيفة رحمه الله الفرق بين إسلام أحدهما ومرافعته أن بإسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاده والمصر آبيا من إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى بخلاف مرافعة أحدهما دون رضاه فإنه لا يتغير به اعتقاد الآخر فيبقى الأمر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض والأوجه تخريج الخلاف على الخلاف في أنه صحيح عنده كان بالملأ عندهما لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فإذا انقاد أحدهما لحكم الإسلام كان كإسلامه وعنده كان صحيحا ورفع أحدهما لا يوجب على الآخر في إبطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة هذا كله بعد الإسلام أو المرافعة أما إذا لم يكن أحدهما فلا تفريق إلا في قول أبي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين أنه يفرق إذا علم ذلك لما روي أن عمر كتب إلى عماله أن فرقوا بين المجوس ومحارمهم أجيب بأنه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب إليه إنما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام ولأن الولاة والقضاة من وقت الفتوحات إلى يومنا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الإجماع وفي الغاية معزيا إلى المحيط لو طلبت المطلقة ثلاثا التفريق يفرق بينهما وكذا في الخلع يعني اختلعت من زوجها الذمي ثم أمسكها فرفعته إلى الحاكم فإنه يفرق بينهما لأن إمساكها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم وكذا في المطلقة الثلاث لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وإن لم يعتقدوا خصوص عدده وفي النهاية لو تزوج اثنتين في عقدة ثم فارق إحداهما ثم أسلم أحدهما أن الباقية نكاحها على الصحة حتى أقرا عليه انتهى وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسدا أوجب التعرض بالإسلام **قوله** ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة أما المسلمة فظاهر لأنها تكون تحت كافر وأما الكافرة فلأنه مقتول معنى وكذا المرتدة لا تتزوج أصلا لأنها محبوسة للتأمل ومناط المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع إلا لها فكان أحق بالمنع من منع تزوج المرأة عبدها وبالعكس **قوله** فإن كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه تحقق من الطرفين في الإسلام العارض بأن كانا كافرين فأسلمت أو أسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده في مدة يثبت النسب في مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل الإسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما صار ذلك الولد مسلما هذا إذا كانا في دار واحدة أما لو تباينت داراهما بأن كان الأب في دار الإسلام والولد في الحرب أو على العكس فإنه لا يصير مسلما بإسلام أبيه وسنذكرها في السير في فصل من باب المستأمن إن شاء الله تعالى وأما في الإسلام الأصلي فإنما يتحقق بأن يكون الأم كتابية والأب مسلم فجاءت به مسلم فلا حاجة إلى التخصيص إلى هذه بقوله وكذلك إن أسلم أحدهما إلخ فإنها داخلة في عموم الأولى من أفرادها وهذه الحاجة فنص عليها أما إذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا أما أو أبا فحكمنا بأن الولد كتابي بجامع الأنظر للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفي الأخرى بنقصان العقاب إذ كانت الكتابية أخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الأحكام والشافعي رحمه الله يخالفنا أي فيما إذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما إذا كان الأب كتابيا والأم مجوسية إنه مجوسي في أصح قوليه وعنه قال أحمد تغليبا للتحريم وفي قوله الآخر أنه كتابي تبعا للأب وبه قال مالك وأحمد لأن الانتساب إلى الأب وإن كانت الأم كتابية والأب مجوسي فمجوسي

وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى فرق بينهما

قوله أو أحد فلا تحل له مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقا وقوله للتعارض أي تعارض الإلحاقين أي الإلحاق بأحدهما يوجب حرمات وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالإلحاق بالمجوسي ونحن هنا الترجيح بالقياس بنجاسته وهذه الأحكام إنما تثبت تبعا والمقصود والأصل إثبات الديانة على وجه النظر له على ما بيناه أيضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على فطرة الإسلام حتى يكون أبواه اللذان يهودانه الحديث جعل اتفاقهما ناقلا له عن الفطرة فإذا لم يتفقا بقي على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه وأما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت واعلم أن التعارض هنا تجوز فإن ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكميهما وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير الآخر فلما اشترك مع المعارض في ترجيح أحدهما بالقول سمي تعارضا وإلا فالتعارض تقابل الحجتين وليس هنا حجة فضلا عن ثنتين **قوله** وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر سواء كان كتابيا أو غيره إذ لا يصح تزوج الكافر مطلقا مسلمة ولو وقع وجب وعوقبت أيضا إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضا امرأة أو رجلا ولا يصير به ناقضا للعهد وإن كان ذميا فلا يقتل خلافا لمالك فإنه علل بأنه جعل نفسه طليعة للمشركين يجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله قلنا كالتزام المسلم بالإسلام أن لا يفعل محظورا ثم يفعله لا يصير شرعا ناقضا لإيمانه فيفعل الذمي ما التزم بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضا لأمانه وقتل الطليعة لأنه حارب معنى ولو أسلم بعد النكاح لا يقران عليه لا يلحقه إجازة لأنه وقع باطلا وقال في إسلام الرجل وإن أسلم الرجل وتحته مجوسية لأن كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلذا فرضها في المجوسية وحاصل المسألة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان والزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي والزوجة من الكتابيين والزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصر الإسلام إذا كان بالغا أو صبيا يعقل الأديان لأن ردته معتبرة فكذا إباؤه والنكاح قائم فإن أبى فرق بينهما وإن كان الصبي مجنونا عرض على أبويه ينبغي أن يكون معنى هذا أن أي الأبوين أسلم بقي النكاح لأنه يتبع المسلم منهما وإن لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل الأديان ينتظر عقله لأن له غاية معلومة بخلاف المجنون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف فاختلف المشايخ في إباء الصبي قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده وقيل نعم وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائما ويتقرر بالموت وقال الشافعي لا يعرض على المصر لأنه تعرض منهي عنه بل إن كان الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار وقول المصنف ثلاثة حيض لا يأتي على مذهبه في العدة وإن لم يسلم تزوجت قلنا اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لا نظير له في الشرع والأصل لحق به قياسا بجامع صحيح ولا سمعي يفيده بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم قال صلى الله عليه وسلم فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم كتابية ولأنه يرجع إلى إسلام المسلمين لأنه الذي به حصل الاختلاف وكفر المصر لا ينافي والإلم يقع النكاح من الأصل فلم يبق إلا إباء الإسلام لأنه يصلح قاطعا فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب في الموطأ عن ابن شهاب الزهري أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرأته وبينه حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبر لا نفس الكلام معه بتخيير لا يمتنع ولأنه استعلام حكم شرعي بل تنزل بالمرأة أو لا تم تأييد بما ذكره الطحاوي عن ابن العربي في المعارضة أن عمر فرق بين نصراني وامرأته بإبائه من الإسلام ثم ذكر أصحابنا أن جماعة

وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته

وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق القاضي بينهما بابائها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى

من تغلب اسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له اسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق بينهما وظهر حكمه منهم ولم ينقل خلاف صح

قوله وكان ذلك يعني تفريق القاضي عند اباء الزوج طلاقا بائنا والحاصل ان ابا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين فيجعله فسخا لا ينقص شيئا من عدد الطلاق وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجعلان الفرقة باباء الزوج طلاقا وباباء المرأة فسخا لابي يوسف ان الفرقة باباء الزوج فسخا لابي يوسف رحمه الله بسبب يشتركان فيه يعني الاباء فانه ممن اسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام او هو على معنى انه يمكن تحققه من كل منهما فاذا وجد منه لا يكون طلاقا فانه لو وجد منها لا يكون طلاقا والغرض وحدة السبب وصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والحرمة بالرضاع فانه يشتركان فيه بمعنى انه يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا ولهما انه فات الامساك بالمعروف فوجب التسريح باحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقا اذا كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه التفريق وهو الذي اليه الطلاق واما المرأة فالذي اليها عند قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا ابت ناب القاضي منابها فيما اليه التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضي نائب منابهما في حياته فيهما بخلاف ما قاس عليه من الملك والحرمة فان الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي واما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل الى المقاصد بسبب نقص شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون النكاح انعقد من الاصل فالوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا بخلاف ردته ايضا على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الفرقة فيها للتنافي اي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاءه ولذا لا يحتاج في ذلك كله الى حكم الحاكم وانما احتيج اليه في خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفي والضرر في هذا جلي ويحتاج اليه في الاباء غير مناف للنكاح **فرع** يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الابي بعد التفريق عليهما ما دامتا في العدة اما في الاباء فلان الفرقة بالطلاق واما في الردة فلان الحرمة بالردة غير متابدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلث حرمة مغياة بوطي زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متابدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة **قوله** واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلث حيض ان كانت ممن تحيض والا فثلثة اشهر فان اسلم الآخر قبل انقضاء العدة هذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة ثم قال المصنف واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية بان كان الذي اسلم هو الزوج فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما قال وسيأتيك يعني في مسئلة المهاجرة فالحاصل انه لا عدة بعد البينونة عند ابي حنيفة في الصورتين وعندهما اذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وكذا ذكر شمس الائمة وكانه اخذه من قول محمد رحمه الله في السير فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب بعد ان ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلث حيض اخرى بعد الثلث الاول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلث الحيض الاخر ثم قال محمد وينبغي في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله ان لا يكون عليها عدة واما الطحاوي فقد اطلق وجوب العدة عليها حيث قال من اسلمت امرأته في دار الحرب الى ان قال فاذا حاضت بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ثم علل الحكم المذكور فقال وهذا اي توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لا بد من سبب يضاف اليها الفرقة والاسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لانه يرجع الى اسلام المسلم ولانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو متعذر في دار الحرب فاضيف الى شرط البينونة وذلك لان سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة والاضافة الى الشرط عند تعذره الى العلة نظير في الشرع وهو حافر البير في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع وقوله والعرض على الاسلام

وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى **قال** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق وإن سبيا معا لم تقع البينونة وقال الشافعي رح وقعت والحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه له أن التباين أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح

فيه وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب ونظيره في اللغة عرضت الناقة على الحوض وخرق الثوب المسمار **قوله** وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما ظاهر **قوله** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة حكم المسألة لا يتوقف على خروجه مسلما بل لو خرج ذميا كذلك كما نذكر **قوله** والحاصل أن السبب أي المختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما فعندنا نعم وقال الشافعي رح لا وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا فعندنا لا وقال نعم وقوله قول مالك وأحمد رح فيتفرع أربع صور اتفاقيتان وهما لو خرج الزوجان إلينا معا ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقا ولو سبي أحدهما تقع الفرقة اتفاقا عنده للسبي وعندنا للتباين وخلافيتان إحداهما ما إذا خرج أحدهما إلينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا فعندنا تقع فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي تقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والأخرى ما إذا سبي الزوجان معا فعنده تقع الفرقة وللسابي أن يطأها بعد الاستبراء وعندنا لا تقع لعدم تباين داريهما وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين إذ لا تمكن من العود والزوج من أهل الإسلام فلا تباين يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها تحقق التباين بينها وبين زوجها حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الإسلام حكما وجه قوله إن تباين الدارين أثره في انقطاع الولاية أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان خارجا إلينا وولاية من في دارنا عليه لكن لا حكما بدار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي والصفاء هنا الملك الخالص ولا يتحقق صفاؤه له إلا بانقطاع النكاح ولهذا أي لثبوت الصفاء بالسبي يسقط ما على المسبي من دين لكان الكافر عليه لعدم احترامه فكذا يسقط حق الزوج الحربي وهذا لأن الصفاء موجب للملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق به فما يتوقف ملك الزوج عنها كسقوطه من جميع الأملاك فإنها تذهب فيه ... ومن المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران حين أتى به العباس وزوجته هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الأمان لزوجها فذهبت فجاءت به ولم يجدد نكاحهما وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنها أظهر وأشهر فإنها هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه ثم جاء وأسلم بعد سنين قيل ثلث سنين وقيل ست وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الأول فهذه كلها تنقض لما عللنا به واستدل الشافعي أيضا على إثبات علته بأن قوله تعالى والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن وقد علم أن منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فقد استثنى المسبيات مع أزواجهن من المحرمات فظهر أن السبي يوجب الفرقة وقوله كالحربي المستأمن ظاهر وإذا أصل قياس وفرعه الخارج إلينا مسلما من دار الحرب أو ذميا والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سببها فهو من قبيل تعليل الحكم العدمي بالمعنى العدمي وعلى هذا فالسوق لإثبات الفرع لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين فحق اللفظ هكذا لا يؤثر في الفرقة لتحققه في المستأمن إلخ **قوله** ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح التي شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلما أو ذميا

فشابه الحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستامن لم تتباين الدار حكماً لقصده الرجوع

والكائن هناك لا يخرج الينا فكان التباين منافياً له فيكون اعتراضه قاطعاً كاعتراض المحرمية بالرضاع وتقبيل ابن الزوج مثلاً لما نافيه كان اعتراضها قاطعاً ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال والسبي يوجب ملك الرقبة يعني يمنع ان يكون موجباً غير ذلك واذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعاً لملكها وما لا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح الا اذا ورد على خال من مملوكية او مالكية وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر اسباب الملك من الشراء والهبة والارث وزوال املاك المسبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال بخلاف النكاح فانه من خصائص الادمية فيملكه اذا ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وانما توقف في الابتداء على اذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحربي ليس بمقتضى السبي بل لتعذر بقائه لانه انما يبقى ما كان هو عين وجب ان في ذمته لا شاغلاً لماليته رقبته ولا يمكن ان يثبت بعد الرق بالسبي الا شاغلاً لها فيصير الباقي غيره ولذا لو كان المسبي عبداً مديوناً كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي نص عليه محمد في المأذون فان قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ولذا لا يثبت الدين باقراره به ولا يباع فيه اجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك وانما لا يطالب باقراره لان اقراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعاً معاينة بيع فيه واما ما استدل به من قصة ابي سفيان فالحق ان ابا سفيان لم يكن حسن الاسلام يومئذ بل لا بعد الفتح وهو شاهد حنيننا ما نقله اهل السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون لا تنتهي هزيمتهم الى البحر وما نقل ان الازلام كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج الى هوازن بحنين انما حسن اسلامه بعد ذلك رحمه الله الذي كان اسلامه حسناً حين اسلم هو ابو سفيان بن الحارث واما عكرمة وحكيم فانما هربا الى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم واما ابو العاص فانما ردها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجه والامام احمد والعمل اذا امكن اولى من اهدار احدهما وهو يحمل قوله على النكاح الاول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على اساءته وقيل قوله ردها على النكاح الاول لم يحدث شيئاً معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء وهو تاويل حسن بهذا وما ذكرناه مثبت والرد على النكاح الاول ناف لانه مبق على الاصل وايضاً نقطع بان الفرقة وقعت بين زينب وبين ابي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها اسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم خديجة رضي الله عنها وبناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مراراً وولدت وروي انها كانت حاملاً فاسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة وروعها هبار بن الاسود بالرمح واستمر ابو العاص بن الربيع على شركه الى ما قبل الفتح فخرج تاجراً الى الشام فاخذت سرية المسلمين ماله واعجزهم هرباً ثم دخل بليل على زينب رضي الله عنها فاجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردوا ماله فاحتمل الى مكة فادى الودائع وما كان لاهل مكة من البضائع وكان رجلاً امينا كريماً فلما لم يبق لاحد عليه علقة قال يا اهل مكة اهل بقي لاحد منكم عندي مال لم ياخذه قالوا لا فجزاك الله خيراً فقد وجدناك وفياً كريماً قال فاني اشهد ان لا اله الا الله وان محمداً عبده ورسوله والله ما منعني من الاسلام عنده الا تخوف ان تظنوا انما اردت ان آكل اموالكم فلما اداها الله اليكم وفرغت منها اسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين او ثمان سنين او ثلث سنين فانما ذلك من وقت فارقته بالابدان وذلك بعد غزوة بدر واما البينونة فقبل ذلك بكثير لانها ان وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي مكية فاكثر من عشر وغيرانه كان حابسها قبل ذلك الى ان اسر في من اسر يوم بدر وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوباً على ذلك قبل ذلك فلما ارسل اهل مكة في فداء الاسارى ارسلت زينب في فدائه قلادة لها كانت

وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهاراً لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية

أعطيتها إياها فقال رأيا رسول الله صلى الله عليه وسلم رق لها فردنا عليها وأطلقه لها فالحاصل حينئذ إليه أنه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند الطلاق والتفق في مخرجها إليه ما اتفق من هبار بن الأسود وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ووجب تأويل رواية الأول كما ذكرنا واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تتصف إحداهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعدان لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين أن الله لم يبعث نبياً قط أشرك بالله طرفة عين والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم أنهن لم تكن إحداهن قط إلا مسلمة نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم حنيفاً عليه السلام ومن حين تقع البعثة لا يثبت الكفر إلا بالإنكار بعد بلوغ الدعوة ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لأولاده لم تتوقف واحدة منهن ثم إنما أياها أوطاس فقد روى أن النساء سبين وهذه ورواية الترمذي تقييد ذلك عن أبي سعيد قال أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم لكن بقي أن يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقاً سواء سبيت وحدها أو مع زوجها أما المشتراة المتزوجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخلاً تحت العموم على الإباحة والجواب أن المسبية مع زوجها تخص العاد لبلينا وبما ذكر وتبقى المسبية وحدها ذات بعل وباطل والله سبحانه أعلم وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن فالجواب منع وجوب التباين لأن المدعى عليه هو التباين حقيقة وحكماً وهو بصيرة الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده وتقسيم ميراثه والكائن في دارنا ممنوعاً من الرجوع وهذا منتف في المستأمن فإذا كانا على ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالماً عن المعارض تحت اعتباره ودليل السمع أيضاً وهو قوله تعالى إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات إلى قوله فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة بمجرد اقتضاء في وهو فلا ترجعوهن

قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة أي تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية هذه المسألة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسألة التي قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجراً وقعت الفرقة وهذه إذا كانت الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقاً فهل عليها عدة فيها خلاف عند أبي حنيفة لا فتتزوج للحال إلا أن تكون حاملاً فتتربص لا على أنه عدة بل ليرتفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم اختلفوا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال أبو يوسف لا يقع عليها وقال محمد يقع والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتباين لا تصير المرأة محلاً للطلاق عند أبي يوسف وعند محمد تصير وهو أوجه إلا أن يكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما قدمناه وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثاً لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف وعند محمد يحتاج إليه وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الإصابة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقاً للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالإجماع لأن الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا هناك وهذا على ما اخترناه من أن أصلها أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير أن شرطها البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف أهل دارنا منهم ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة إنما وجبت إظهاراً لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي لا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم أن تنكحوهن فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة لا لأن لا تمسك بعصم الكوافر جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقد نكاح الموجود في حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع

وإن كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا **قال** وإذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رحمه الله مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة رحمه الله فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها

كيلا تختلط المياه واستغناءه عن ابطاله بان الشرع ابطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لانها اثره حيث حكم بمنافاته لما له الاثر فان قابل ان يمنع الملازمة ويقول لا نسلم ان منافاة الشيء تنافي اثره الا اذا كان جهة المنافاة ثابتة في الاثر ايضا وهو منتف لانه في النكاح عدم انتظام المصالح بل تجامع مدة بقائها الى ان تنقضي فيجب ان تثبت لموجبها بلا مانع لكن قد يقال عصم الكوافر لم يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للازواج المهاجرين فلهم ان يتزوجوا اربعا وباخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم اللواتي في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فانها تتمسك بعقدكما حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها فجاز ان تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا اوطاس فانه دل على ان من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطؤها قبل تربص فاذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة اجماعا لعدم القائل بالفصل فتح فابطال الوجوب المذكور لا يفيد اذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء غاية ما فيه انه لا يخرج المدخول بها من الامتناع الى مدة غير انه اعتبر مدة الاستبراء اقصر كما هو دأب الشرع في اظهار التفاوت بين الحرة والامة في مثله **قوله** وان كانت يعني المهاجرة حاملا لم تتزوج حتى تضع وقدمنا انه عند ابي حنيفة رحمه الله لا بطريق العدة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنى وجه الظاهر ان حملها ثابت النسب فيظهر في حق المنع احتياطا وانما قال احتياطا لان مجرد كونه ثابت النسب انما يقتضي ظاهرا ان لا يوطأ لانه يصير ساقيا ماءه زرع غيره فتعديته المنع الى نفس التزوج بلا وطء للاحتياط فقط لانه يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ ولهذا لم يجز عنده تزوج الاخت في عدة الاخت والخامسة في عدة الرابعة **قوله** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة في الحال بغير طلاق قبل الدخول او بعده وبه قال مالك واحمد رحمهما الله في رواية وقال الشافعي واحمد رحمهما الله في اخرى قبل الدخول هو كذلك واما بعده فيتوقف الى انقضاء العدة فان جمعهما الاسلام قبل انقضائها يستمر النكاح والا تبين الفراق من وقت الردة قلنا هذه الفرقة للتنافي فان الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الاسلام فانه غير مناف للعصمة هذا جواب ظاهر المذهب وبعض مشائخ بلخ وسمرقند افتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص باكبر الكبائر وعامة مشائخ بخارى افتوا بالفرقة وجبرها على الاسلام وعلى النكاح مع زوجها الاول لان الحسم بذلك يحصل ولكل قاض ان يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت ام لا وتعزر خمسة وسبعين ولا تسترق المرتدة مادامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن ابي حنيفة رحمه الله تسترق هذا الكلام في الفرقة واما كونها طلاقا فمتفق الامامان هنا على انها من جهة الزوج والمرأة فسخ وقال محمد رحمه الله هي في ردة الزوج طلاق في ردتها فسخ مر على اصله في الاباء وكذا ابو يوسف رحمه الله وفرق ابو حنيفة رحمه الله بين الردة والاباء وجه قول محمد رحمه الله اعتباره بالاباء والجامع ما بيناه وهو ان بالاباء امتنع عن الامساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه وقيل ما بيناه هو ما حاصله ان سبب الفرقة فعل من الزوج اباء او ردة وابو يوسف رحمه الله مر على اصله له في الاباء وهو انه سبب يشترك فيه الزوجان فيه ابو حنيفة رحمه الله فرق بان الردة منافية للنكاح لانها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه وماله ومنها ملك النكاح كذا قرر والحق ان منافاتها العصمة الا لانه تبع لمنافاتها العصمة النفس اذ بتلك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا يقع البينونة بمجرده بل بامر زائد عليه او عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق فليس الا الفسخ بخلاف الفرقة بالاباء فانها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لانها فرقة بسبب فوت ثمرات النكاح فوجب دفعه لارتفاع ثمرته الاتي من قبل الزوج فالقاضي يامره بالامساك بمعروف

قال وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه الله يبطل لأن ردة أحدهما منافية وفي ردتهما ردة أحدهما ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها

باب القسم

بالإسلام أو التسريح بإحسان فإذا امتنع ناب عنه وفي الشروح من تقرير هذا الفرق أمور لا تمس المطلوب هكذا قوله في الهداية والطلاق أوقع لأن الرفع يجامع المنافي بالضرورة نعم هو أعم يثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونفقة العدة أيضا ونصفه إن لم يدخل بها وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ولا نفقة لها لأن الفرقة من جهتها وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة **قوله** وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا هذا إذا لم يلحق أحد منهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فإن لحق فسد للتباين والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن في ردتهما ردة أحدهما وهي منافية للنكاح وتقدم وهو وجه الاستحسان أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة رض بتجديد الأنكحة ولما لم تأمرهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقعت معا إذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد علمنا من هذا أن الردة إذا كانت معا لا توجب الفرقة واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة لا جميعهم فلا أن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع زوجته معا فحكم الصحابة رض بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهر لا محمل عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى وهذا لأن الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته هذا والمذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهم الزكاة وهذا يتوقف على نقل أن من منعهم كان يجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال أبي بكر رضي الله عنه إياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه والله أعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره والأوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فإنه من غير تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة قطعي ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ما ذكرنا **قوله** ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معا فسد النكاح لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإنشائها إلا أن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذي عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شيء عليها إن كان قبل الدخول وإن كانت هي التي أسلمت فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر وإن دخل بها فلها المهر في الوجهين لأن المهر يتقرر بالدخول دينا في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة **فروع** الأول نصرانية تحت مسلم تمجست وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله وجه قوله أن الزوج قادر والمجوسية لا تحل للمسلم فاعتراضها ما تحرم به كالردة ولو ارتدا معا فلا تقع الفرقة وعن أبي يوسف رحمه الله أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الإسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده وهذا لما عرف أن الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لا يجعل كإنشائه فصار كما لو تهودت فإن الفرقة لا تقع فيه بالاتفاق ولمحمد رحمه الله أن إنشاء المجوسية لا تحل للمسلم فاعتراضها كالارتداد بخلاف اليهودية ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا الثاني يجوز نكاح أهل الكفر بعضهم بعضا فيتزوج اليهودي مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم كأهل المذاهب ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربعة أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات فعند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله إن كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن أو في عقد فنكاح من سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل

باب القسم لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه القسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل أيضا بينهن وحقيقته مطلقا ممتنعة كما أخبر سبحانه وتعالى

واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما فی القسم بکرین کانتا او ثیبین او احدیهما بکرا والاخری ثیبا لقوله علیه السلام من کانت له امرأتان ومال الی احدیهما فی القسم جاء یوم القیمة وشقه مائل وعن عائشة رضی الله عنها ان النبی علیه السلام کان یعدل فی القسم بین نسائه وکان یقول اللهم هذا قسمی فیما املک فلا تؤاخذنی فیما لا املک یعنی زیادة المحبة ولا فصل فیما روینا والقدیمة والجدیدة سواء لاطلاق ما روینا ولان القسم من حقوق النکاح ولا تفاوت بینهن فی ذلک والاختیار

حیث قال ولن تستطیعوا ان تعدلوا بین النساء ولو حرصتم فلا تمیلوا کل المیل فتذروها کالمعلقة وقال تعالی فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملکت ایمانکم بعد احلال الاربع بقوله تعالی فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی وثلاث ورباع فاستفدنا ان حل الاربع مقید بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن اکثر من واحدة عند خوفه فعلم ایجابه عند تعددهن واما قوله صلی الله علیه وسلم استوصوا بالنساء خیرا فلا یخص حالة تعددهن ولانهن رعیة الرجل وکل راع مسئول عن رعیته وانه فی امر مبهم یحتاج الی البیان لانه اوجبه وصرح بانه مطلقا لا یستطاع فعلم ان الواجب منه شیء معین وکذا السنة جاءت مجملة فیه روی اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رض قالت کان رسول الله صلی الله علیه وسلم یقسم فیعدل ویقول اللهم هذا قسمی فیما املک فلا تلمنی فیما تملک ولا املک یعنی القلب ای زیادة المحبة وظاهره ان ما عداه مما هو داخل تحت ملکه وقدرته تجب التسویة فیه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسویة فیهما غیر لازمة اجماعا وکذا ما روی اصحاب السنن الاربعة والامام احمد والحاکم من ابی هریرة رض عن النبی صلی الله علیه وسلم انه قال من کانت له امرأتان فمال الی احدیهما جاء یوم القیمة وشقه مائل ای مفلوج ولفظ ابی داود والنسائی فمال الی احدیهما علی الاخری فلم یبین فیما ذا واما فی الکتاب من زیادة قوله فی القسم والله اعلم بها لکن لا نعلم خلافا فی ان العدل الواجب فی البیتوتة والتانیس فی الیوم واللیلة ولیس المراد ان یضبط زمان النهار فبقدر ما عاشر فیه احدیهما فیعاشر الاخری بقدره بل ذلک فی البیتوتة واما النهار ففی الجملة **قوله** واذا کان للرجل امرأتان حرتان فعلیه ان یعدل بینهما التقیید بحرتین لاخراج ما اذا کانت احدیهما امة والاخری حرة لا اخراج الامتین ثم ظاهر العبارة لیس بجید فانه یعطی انهما اذا لم یکونا حرتین لیس علیه ان یعدل بینهما ولیس بصحیح لکن بمعنی العدل هنا التسویة لا مجرد العدل فاذا کانتا حرتین او امتین فعلیه ان یسوی بینهما وان کانت حرة وامة فلا یعدل بینهما ای لا یستوی بل یعدل بمعنی لا یجور وهو ان یقسم للحرة ضعف الامة فالابهام نشأ من اشتراک اللفظ **قوله** والقدیمة والجدیدة سواء لاطلاق ما روینا وهو معنی قوله لا فصل فیما ذکرنا فکان الاولی ان یقال لما ذکرنا یعنی من قوله لا فصل یعنی ان ما روینا یوجب التسویة بین الجدیدة والقدیمة وکذلک ما تلونا من الآیة فیحتج به علی الشافعی رح انه یقیم عند البکر الجدیدة اول ما یدخل بها سبعا یخصها بها ثم یدور وعند الثیب الجدیدة ثلثا الا ان طلبت زیادة علی ذلک فحینئذ یبطل حقها ویحتسب علیها بتلک المدة لما روی عن انس رض قال سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم یقول للبکر سبع وللثیب ثلث ثم یعود الی اہله اخرجه الدارقطنی عنه وروی البزار من طریق ابی ایوب السختیانی عن ابی قلابة عن انس ان النبی صلی الله علیه وسلم جعل للبکر سبعا وللثیب ثلثا وعنه قال من السنة اذا تزوج البکر علی الثیب اقام عندها سبعا ثم قسم واذا تزوج الثیب اقام عندها ثلثا ثم قسم رواه الشیخان فی الصحیحین وفی صحیح مسلم عن ام سلمة لما تزوجها رسول الله صلی الله علیه وسلم فدخل علیها اقام عندها ثلثا ثم قال انه لیس بک هوان علی اهلک ان شئت سبعت لک وان سبعت لک سبعت لنسائی وهذا دلیل استثناء الشافعی رح ما ذکرنا من انه یسقط حقها ویحتسب علیها بالمدة وان طلبت زیادة علی الثلث ولانها لم تألف صحبته وقد حصل لها فی اول الامر نفرة فکان فی الزیادة انسها قلنا ما روینا عن غیر فصل وما تلونا وما ذکرنا من المعنی وهو قوله ولان القسم من حقوق النکاح ولا تفاوت بینهن فی ذلک فلا تفاوت بینهن فی القسم واما المعنی الذی علل به فمعارض بان تخصیص القدیمة اولی لان الوحشة فیها متحققة وفی الجدیدة متوهمة ولازالة تلک النفرة یمکن ان یقیم عندها السبع ثم یسبع للباقیات ولا یخصر فی تخصیصها ما علم ان الحدیث ان لم یکن قطعی الدلالة فی التخصیص وجب تقدیم الآیة والحدیث المطلق لوجوب التسویة وان کان قطعیا وجب اعتبار التخصیص بالزیادة فلا یعارض ما روینا وتلونا لان مقتضاهما العدل واذا ثبت التخصیص شرعا کان هو العدل فانا قد نراه لم ینحصر فی التسویة بل یتحقق مع عدمها عارض

لیتیق

في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم **قال** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روى ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة

وهو رفق احد المرأتين حتى كان العدل ان يكون لاحديهما يوما وللاخرى يومين فليكن ايضا تخصيص الجديدة لاوحشة باقامة سبع ان كانت بكرا وثلث ان كانت ثيبا بهذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية والرتقاء والمجنونة التي لا يخاف منها والمحرمة والمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطيها والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها ومقابلاتهن وكذلك يستوى وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصحيح الذي دخل بامرأته ومقابليهم قال مالك ويدور ولي الصبي به على نسائه لان القسم حق العباد وهم من اهل و صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نساءه ان يمرض في بيت عائشة رض فاذن له **قوله** مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها انشاء يوما يوما وانشاء يومين يومين او ثلثا ثلثا او اربعا اربعا واعلم ان هذا الاطلاق ولا يمكن اعتباره على صرافته فانه لو اراد ان يدور سنة سنة ما يظن اطلاق ذلك بل ينبغي ان لا يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو اربعة اشهر واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة واظن اكثر من جمعة مضارة الا ان يرضيا به والله اعلم **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا المجامعة لانها تبتني على النشاط ولا خلاف فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية والانتشار عذر وان تركه مع الداعي اليه لكن داعيته الى الضرة اقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فان ادى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية واعلم ان ترك جماعها مطلقا لا يحل له صرح اصحابنا بان جماعها احيانا واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والالزام الا الوطئة الاولى ولم يقدروا فيه مدة ويجب ان لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به هذا والمستحب ان يسوي بينهن في جميع الاستمتاعات من الوطي والقبلة وكذا بين الجواري وامهات الاولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل الى الفاحشة ولا يجب شيء لانه تعالى قال فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فافاد ان العدل بينهن ليس واجبا وهذا اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة او السراري اختار الطحاوي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان لها يوما وليلة من كل اربع ليال وباقيها له لان له ان يسقط حقها في الثلث بتزوج ثلث حرائر فان كانت الزوجة امة فلها يوم وليلة في كل سبع وظاهر المذهب ان لا يتعين مقدار لان القسم معنى نسبي وايجابه طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر ان يبيت معها ويصحبها احيانا من غير توقيت والذي يقتضيه الحديث ان التسوية في المكث ايضا بعد البيتوتة ففي السنن عن عائشة رض كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم في مكثه عندنا وكان قل يوم الا يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ الى التي هو في يومها فيبيت عندها ثم من حق النوبة ان لا يمنع ان يذهب الى الاخرى لينظر في حاجتها ويمهد امورها وفي صحيح مسلم انهن كن يجتمعن في بيت التي يأتيها والذي يظهر ان هذا جائز برضى صاحبة النوبة اذ قد تتضيق كذلك وتتضرر به ولو ترك القسم بان اقام عند احديهن شهرا مثلا امره القاضي بان يستأنف العدل لا بالقضاء ثم ان جار بعد ذلك اوجعه عقوبة كذا قالوا والذي يقتضيه النظر ان يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمي وله قدرة على ايفائه **قوله** وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر قضى به ابو بكر وعلي رضي الله عنهما وبالقضاء عن علي احتج الامام احمد وتضعيف ابن حزم اياه بالمنهال بن عمرو وبابن ابي ليلى ليس بشيء لانهما ثقتان حافظان ثم اذا كانت الزوجة مدبرة رجل او مكاتبة او ام ولده فهي كالامة لقيام الرق فيهن **قوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روى الجماعة من حديث عائشة رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها معه ... بحديث الافك قلنا ذلك كان استحبابا لتطييب قلوبهن ... الوجوب ...

وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

وذلك انه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ممن ارجى سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره الحافظ عبد العظيم المنذري وممن آوى عائشة رضي الله عنها والباقيات رضي الله عنهن ثم ندب تطييبا لقلوبهن في السفر بالقرعة في الحضر والقرعة في السفر ليحفظ الامتعة او لخوف الفتنة او تمنع من سفر احديهما لكثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها في السفر للسفر بخروج قرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافي للحرج واما قول المصنف الا يرى انه له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من ان له ان لا يسافر بواحدة ان يكون له ان يخص واحدة بالسفر بها لان في ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وهذا لان اللازم التسوية وهو انه اذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب ان يبيت عند كل واحدة منهما دائما فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي وانفرد لم يمنع من ذلك **قوله**
وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز هذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بان زاد في مهرها لتفعل او تزوجها بشرط ان يتزوج اخرى فيقيم عندها يومين وعند المخاطبة يوما فان الشرط باطل لا يحل لها المال في الصورة الاولى فلها ان ترجع فيه واما اذا دفعت اليه وحطت عنه مالا ليزيد لها فظاهر انه لا يلزم ولا يحل لها ولها ان ترجع في مالها **قوله** لان سودة بنت زمعة متفق عليه سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها الى هذا يقتضي انه طلقها قال محمد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة اعتدي فسألته بوجه الله ان يراجعها ويجعل يومها لعائشة رضي الله عنها لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه والذي في الصحيحين لا تعرض له بل انها جعلت يومها لعائشة رضي الله عنها والذي في المستدرك بتقييد صدمه هو عن عائشة رضي الله عنها قالت سودة حين اسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومي لعائشة رضي الله عنها فقبل ذلك منها قالت عائشة رضي الله عنها ففيها وفي اشباهها انزل الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح وقال صحيح الاسناد ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلوة امسكت بثوبه فقالت والله ما لي الى الرجال من حاجة ولكني اريد ان احشر في ازواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة رضي الله عنها انتهى وهو مرسل ويمكن الجمع بان كان صلى الله عليه وسلم طلقها رجعية فان الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رضي الله عنها فرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت ان يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فانه انما ذكر في الكنايات اعتدي والواقع بهذا الرجعي لا البائن وفرع بعض الفقهاء انها اذا وهبت يومها له كان ان يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له ان يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته بواحدة تعين وفرعوا انه اذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها الليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها الليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندي ان ليس له ذلك الا برضاء التي تليها في النوبة لانها قد تتضرر بذلك **قوله** ولها ان ترجع قال بعض علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة يعني عن الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا يعني قوله فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو تمكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تأخير الضرر الى كمل حالته ولم يكن صلحا بل من اقرب اسباب المعادات والشريعة منزهة عن ذلك انتهى وهو انما يفيد عدم المطالبة بما مضى وبه نقول فيستلزم عدم حصول المقصود من شرعيته ذلك الاصطلاح عند العوارض اما فيما بعده فلا لانه لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر بالمعاودة فنالهم لم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لو لا مصالحته عليه فاذا اختلف دفعت به المكروه وعندما له ان يفعل ما كان يريد فعله ويحصل الخلاص والله سبحانه اعلم **فروع** تختم بها كتاب النكاح لا يجوز ان يجمع بين الضرائر الا بالرضاء ويكره ان يطأ احدهما بحضرة الاخرى ولها ان لا تجيبه

بالتقييد

بلغت

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات

اذا طلبت وله ان يمنعها من اكل ما يتاذى من رائحته ومن الفروع على هذا ان يمنعها من التزين بما يتاذى بريحه كان يتاذى برائحة الحناء المخضر ونحوه وله منعها من ترك الزينة اذا كان يريدها وترك الاجابة وهي طاهرة والصلوة وشرطها الا ان تكون في حيض فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا ويضربها على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج ان يستفتي لها وهو غير عالم وما لم تقع الى الاستفتاء له ان يمنعها من الخروج الى مجلس العلم الا ان يكون لها نازلة وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان او كافرا فان عليها ان تعصي الزوج في المنع ولو كان لها ام شابة تخرج الى الوليمة والمصيبة او لغيرها لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق خروجها للفساد فيرفع الامر الى القاضي فان اذن لها بالمنع له منعها لقيامه مقامه والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتداء النشاة الا بالرضاع وكان له احكام تتعلق به وهو من آثار النكاح المتاخرة عنه بمدة وجب تاخيره الى آخر احكامه قيل وكان ينبغي ان يذكره في المحرمات لكنه افرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق انه ذكر في المحرمات ما يتعلق بالحرمة به ولذا ذكرنا هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها لغتان والرضع الخامسة وانكر الاصمعي الكسر مع الهاء وفعله في لغة من حد علم يعلم وقائل نحن قتلنا الرضاع ضرب به عليه قول السلولي يذم علماء زمانه وذموا لنا الدين وهم يرضعونها ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد وانما عمله بعض اصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد ابو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه ايراد كلام محمد رح في جميع كتبه محذوفة التعاليل والصحيح انه من اوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما اورده من ذلك في كتاب النكاح وهو في اللغة مص اللبن من الثدي ومنه قولهم لئيم راضع اي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة ان تسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي الشرع مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص اي مدة الرضاع المختلف في تقديرها **قوله** قليل الرضاع وكثيره اذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم وبه قال مالك ولو شك فيه بان ادخلت الحلمة في فم الصغير وشكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبية ارضعتها امرأة من قرية ولا يدرى من هي فتزوجها رجل من اهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة والواجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا ارضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفاصلة عرفا وعن احمد روايتان كقولنا وقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم في حديثين احدهما حديث عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان والآخر عن ام الفضل بنت الحارث قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني كانت لي امرأة فتزوجت عليها اخرى فزعمت امرأتي الاولى انها ارضعت امرأتي الحدثى رضعة او رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان واخرجه ابن حبان في صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول الشارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والاملاج الارضاع ... ارضعته وملجته امه ارضعته وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن ان يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان والاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم ان يثبت بخمس وهذا ليس بشيء لان مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات في اوقات وثانيا فلان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى انه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه مشاهد على هذا فالتحقيق انه لا يثبت حديثا واحدا

لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

لان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفى تحريم الاملاج نفى تحريم لازمه فليس لها حاصل لا تحرم الاملاجتان الا لا تحرم لازمهما اعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان لا المصتان فلزم ان لا يصح ان يراد الا المعنى الاول فان قلت فقد ذكرته اتفاقا حديثا واحدا في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن ابيه قلت يجب كونه من الراوي وهو الزبير اراد الجمع بين الفاظه صلى الله عليه وسلم التي سمعها منه في وقتين كانه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال ايضا لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو انه ناف لمذهبنا فيثبت به مذهبنا لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل ابو ثور وابن المنذر وابو عبيد وهؤلاء ائمة الحديث قالوا المحرم ثلث رضعات اللهم الا ان لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجه بالنسبة الى وجه قول الخصم وذلك الذي اثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رض قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن قالوا هذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يصح الا بارادة نسخ الكل والا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ رسمه كما عن الروافض والا لوجب ان تتلى خمس رضعات الخ فمدار الامر على ان عدم التلاوة الآن فينبغي ان ينتفي ثبوت المحرمية على خمس رضعات وحده فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تنبيه الصحابة عليه وهذا لبطل التمسك به وان كان اسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وحينئذ فما روى عنها انه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فاكلتها لا ينفي ذلك النسخ تلاوة ولم يغسل بعد لا تريد حتى دخلت الدواجن والا فالقرآن لا يجوز الزيادة فيه والا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن انا له لحافظون ما قيل ليكن نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا مما لا جواب عنه فليس بشيء لان ادعاء بقاء حكمه يحتاج الى دليل والا فاصله ان نسخ الدال يرفع حكمه وما نظر به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا العلم بالسنة والاجماع لم يجب الى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه يستانف وما ذكرناه لا قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم في ابى تمسك في الخمس يحتاج الى جواب احوج فكيف لا يعتبر نعم احسن ما لهم حديث عائشة رض في مسلم رحمه قالت جاءت سهلة بنت سهيل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني ارى في وجه ابي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعيه تحرمي بها عليه الا ان مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي ومخالفا لها على ما فيه والجواب ان ورد صريح نسخه ابن عباس رضي الله عنه حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود آل الامر الى ان قليله وكثيره يحرم وروي عن ابن عمر رض ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير يقول لا باس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فهذا اما ان يكون رد الرواية لنسخها او عدم صحتها لتقييد الاطلاق الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المصنف وما رواه مردود به ثم الذي يحرم في حديث سهلة انه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس رضعات في خمسة اوقات متفاصلات جائعا من لبن يعمل و لا يطلع فاين تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان عدد الخمس فيه المصات تكثيرها فليتامل المراد

ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية
الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع
لما بينا ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر رح ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من
حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما بينا فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال
حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها
كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت
بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب

ان تحلب شيئا مقداره مقدار خمس رضعات فيشربه والا فهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر ايضا كما سياتي بيانه والله اعلم **قوله** قوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم تقدم في استدلال ابن عمر رض واما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور **قوله** ولان الحرمة وان
كانت لشبهة البعضية جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشو الكائن منه وذلك لا يتحقق باد في شيء اجاب بان ذلك
حكمة لانه خفي والاحكام لا تتعلق بها لحقائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة
النشو فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشو على خمس مشبعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تاخر الحرمة عن وقت تعلقها والحق
ان الرضاع وان قل يحصل به نشو بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة رض منهم علي وابن مسعود رض
اسند الرواية عنهما به النسائي وابن عباس رض وجمهور التابعين هذا والاولى ان يقال للبعضية لان الحرمة بشبهة البعضية واقامة السبب مقام
المسبب انما هي حرمة المصاهرة اما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي المحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل
استحالته كان المحرم شبهتها اي ما يؤول الى الجزئية وينبغي ان يكون الارضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما نبين في المسئلة التي تليها

قوله ثم مدة الرضاع التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح ومالك واحمد رح وقال زفر رح
ثلثة احوال وعن مالك سنتان وشهر وفي اخرى شهران وفي اخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا اصل له للاطلاقات فيوجب
التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمسة عشر سنة وقال آخرون الى اربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين **قوله** لان الحول حسن الخ هذا وجه قول
زفر رح وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن
للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالثلثة هذا هو المراد بقوله لما بينا اي في دليل ابي حنيفة رح ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون
شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس رض يرفعه لا يحرم الا ما كان
من حولين قال صاحب التنقيح الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ انتهى وكذا وثقه احمد والعجلي وابن
حبان وغير واحد وروي موقوفا على ابن عباس رض بلا ريب اخرجه ابن ابي شيبة موقوفا على ابن مسعود وصحح الدارقطني على من رجحا ظهر الادلة لهما قوله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رح هذه الآية ووجهه انه
سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بان قال اجلت الدين الذي لي على فلان
والدين الذي لي على فلان سنة يفهم منه ان السنة بكمالها لكل او على شخص فيقول لفلان علي الف درهم وعشرة اقفزة الى سنة فصدقه المقر له في الاجل
فاذا مضت السنة يتم اجلهما جميعا الا انه قام المنقص في احدهما يعني في مدة الحمل وهو قول عائشة رض الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو
بقدر فلكة مغزل وفي رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدي العقل اليها وستعرفه في موضعه ان شاء الله تعالى
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظ
ثلثين مستعملا في اطلاق واحد في مدلول ثلثين وفي اربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لا ينفي كونه
كذلك وهو الممتنع والا لم يمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين والاشكال آخر وهو ان اسماء العدد لا يتجوز بشيء منها في آخر نص عليه كثير من المحققين

قال وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولأن الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به

لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة ضعف ثمانية عشر بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق لانه تقتضي ان نحو عشرة الا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فاخرج ثم اسند الى ثمانية وهو قول طائفة من الاصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما اذا كان استثناء من عدد منهم شمس الائمة وفخر الاسلام والقاضي ابو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الاصول ويمكن ان يستدل لابي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الآية بناء على ان المراد بالوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان الفائدة في جعلها نفقتها من حيث هي ظئر اوجه منها في اعتبار ايجاب نفقة الزوجة لان ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولان نفقتها لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر يكون ح اجرة لها لان النفقة باعتبارها ظئرا غير زوجة لا يكون الا اجرة لها واللام من لمن اراد متعلق بيرضعن اي يرضعن للآباء الذين ارادوا اتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف اجرة لهن في الحولين واذا كانت الواو من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان اظهر في تقييد الاجرة المستحقة على الآباء اجرة للمطلقة بحولين وغاية ما يلزم انه كان مقتضى الظاهر ان يقال وعليه او عليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا اليه ان النسبة الى الآباء والحاصل ح يرضعن حولين لمن اراد من الآباء ان يتم الرضاعة وبالاجرة وهذا لا يقتضي ان انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الاجرة بالارضاع ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى فان ارادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فاين الدليل على انتهائها بستة اشهر بعدهما بحيث لو ارضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجهه يادنها لا يفيد سوى انه اذا اريد الفطام يحتاج اليها ليعود اليها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فاما انه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الادلة ولا شك ان الشرع لم يحرم اطعامه غير اللبن قبل الحولين لم زيادة مدة التعود عليها فجاز ان يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده من اللبن بمرة فليس الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الاصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا اولى بالبطلان ثم هو ظاهر في قوله تعالى فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد قبل الحولين فانه موضع التردد في انه يضر بالولد او لا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه واما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل ان يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فمن جهة اخرى فتمنعه العمومات المانعة من ادخال الضرر على غير المستحق له **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم فطم او لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم ابدا للاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رض وكانت اذا ارادت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان ترضعه خمسا ولحديث سهلة المتقدم والجواب ان هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم اجمعين يفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في سند الائمة من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان في حولين وقدمنا ترجيحه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم اجمعين وما ذكره المص من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لانه قد ثبت حقيقته بعده وما في الترمذي من حديث ام سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث صحيح وفي سنن ابي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وانشر العظم يروى بالراء المهملة اي احياه من قوله تعالى ثم اذا شاء انشره وبالزاء رفعه وبالزيادة الحجم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة انه دخل على رسول الله

ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي **قال** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع

صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة رضي الله عنها من هذا قلت اخي من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من اخوانكن فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوانكن بخشية ان يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فان قلت عرف من اصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روي يوجب الحكم بنسخ ما روي فلا يعتبر ويكون ت بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة روته عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون الرضاع الكبير محرما قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه حكمنا بانه اطلع على ناسخه في نفس الامر حملا لان الظاهر انه لا يخالف في الاصل غير الناسخ ظنا لا قطعا فلو تحقق في خصوص محل ان عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لا شك انه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا لاحسان الظن بنظره فاما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه في الموطأ والسنن ابي داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سأل ابا موسى الاشعري فقال اني مصصت من امرأتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال ابو موسى لا اراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظروا ما تفتي به الرجل فقال ابو موسى فما تقول انت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في حولين فقال ابو موسى لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم فهذه رواية الموطأ فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وبعد افتائه بالحرمة لا يكون الا لتذكره الناسخ له او لتذكره عنده وغير عائشة رضي الله عنها من نساء النبي صلى الله عليه وسلم يأبين ذلك ويقلن لا نرى هذا الا من رسول الله صلى الله عليه وسلم رخصة لسالم خاصة ولعل سببه التضمن مما يخالف اصول الشرع حيث يستلزم مس عورتها بشفتيه فمكن باذن ذلك خصوصية وقيل لشبهة ان ثم حلبته في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنه جاء رجل الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة فكنت اصيبها فعمدت امرأتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله ارضعتها قال عمر رضي الله عنه اوجعها وائت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغر **قوله** ولا يعتبر الفطام قبل المدة حتى لو فطم قبل المدة ثم ارضع فيها ثبت التحريم الا في رواية عن ابي حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا ارضع فيها رواها الحسن عنه وفي الواقعات المختار للفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت ما لم يتحقق اقامته للقمة مقام اللبن فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء وهل يباح الارضاع بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به الا للضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي واهل الطب يثبتون للبن البنت اي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد ولا يخفى ان حقيقة العلم متعذرة فالمراد اذا غلب على الظن والا فهو معنى المنع **قوله** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه وهو بهذا اللفظ **قوله** الا ام اخته من الرضاع يصح اتصال من الرضاع بكل من الام والاخت وبهما من جهة المعنى فالاول ان يكون للرجل اخت من النسب لها ام من الرضاعة لم تكن ارضعته تحل له والثاني ان يكون له اخت من الرضاعة لها ام من النسب تحل له جهة الرضاعة اذا لم تكن هي المرضعة والثالث ان يرضع الصبي والصبية امرأة ولاخته من الرضاعة ام اخرى من الرضاع تحل للصبي تلك الام اما من جهة الصناعة فانما يتعلق بالام حالا منه لان الام معرفة فيجيء الجار والمجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لانه معرفة اعني ام اخته بخلاف اخته لانه مضاف اليه وليس فيه شيء من مسوغات مجيء الحال منه ومثل هذا يجيء في اخت ابنه ولو قال اخت ولده كان اشمل فالاول له ابن من النسب له اخت من الرضاعة بان ارتضع مع اجنبية من امرأة ابيه حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثاني له ابن من الرضاع بان ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل اخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا وله اخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بان ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت اختها له من الرضاعة وعلل استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة في ام اخته

وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الأصلاب في النص لإسقاط اعتبار التبني

من النسب بكونها أمه أو موطوءة أبيه وكذا في تعليله إخراج أخت ابنه من الرضاع بقوله لم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة أخت الابن من النسب بقوله لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه وإنما اقتصر على هذا بناء على أنها ليست ابنته لوضوح الشق الآخر فأفاد بالتعليلين أن المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب فيه فإذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد أنه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت لذلك الانتفاء في صور أخرى الأولى أم النافلة من الرضاع بأن أرضعت نافلتك أجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتا أو حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أم يجوز تزوجك بالأم لأنها ليست أمك ولا أم زوجتك الثالثة أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاعة وكذا عمة ولدك لأنها من النسب أختك وليست أختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأب أخي ولدها وبأخي حفيدها منه وبجد ولدها منه وخاله ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل فقد جمعت في قوله يفارق النسب الرضاع في صور كأم نافلة وجدة الولد وأم عم وأخت ابن وأم أخ وأم خال وعمة ابن واستشكل إلحاق أم العم وأم الخال بأختهما بأن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم في النسب لأن المراد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه وبالخال من رضع مع أمه والأم الأخرى من النسب أو الرضاع فلا يستقيم والقائل أن يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب أو خاله ثم قال طائفة هذا الإخراج تخصيص للحديث أعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على أنه ليس تخصيصا لأنه أحال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الأمهات والبنات وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت فما كان من مسمى هذه الألفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شيء منها مسمى تلك فكيف يكون تخصيصا وهي غير متناولة وكذا إذا اختل تناول الاسم في النسب جاز النكاح كما إذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وإن كانت أختا لولده من النسب وأنت إذا تحققت مناط الإخراج أمكنك تسمية صور أخرى والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعا أعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا أم أخته الخ وعلى هذا في الاستدلال على تحريم حليلة الأب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لأن حرمتها ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فإن المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفا كما في آية المحرمات وما عداهن فيها المحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث أن ما كانت أما من الرضاعة أو بنتا أو أختا أو بنت أخ إلخ تحرم فإثبات تحريم حليلة كل من الأب والابن الرضاعي قوله بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الأصلاب في الآية وكونه لإخراج حليلة المتبنى لا ينفي أن يكون لإخراج حليلة الأب والابن من الرضاع أيضا لذلك فكان لإخراجهما أيضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الأختين من الرضاع فإن الحديث مذكور يفيد منعه لأنه يحرم من النسب الجمع بين الأختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع فإن قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فإن الجواب أن الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن إنشاز العظم وإنبات اللحم لا مطلق الجزئية الكائنة وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة إذ لا إنبات اللحم من المني المنصب في الرحم لأنه غير واصل من الأعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالشرب حيث يخرج كله شيئا فشيئا لا يبقى منه شيء ولا يستحيل إلى جوهر الإنسان كما يخرج المني ولذا فلا يبقى منه في المرأة شيء استحال إلى جوهرها **قوله وامرأة أبيه وامرأة ابنه من الرضاع** لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب أي كما لا يجوز تزوج امرأة أبيه وابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة أبيه وابنه من الرضاع فإن قيل ذكر الأصلاب في آية المحرمات يحرمها أجيب بأنها نزلت لإسقاط ظنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لإسقاط حرمة زوجة المتبنى

على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج
الذي نزل لها منه اللبن ابا للرضيعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن
بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج
عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة
احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه
من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها

ان يقال فمن اين يثبت تحريمها ويجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد علمت ما في الجوابين ومن فروعها فرع لطيف هو رجل
زوج ام ولده من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت للرضيع الذي كان زوجها فارضعته حرمت على زوجها
لان الصغير صار ابنا له فلو بقي النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة **قوله** على ما بيناه اي في فصل المحرمات **قوله** ولبن الفحل هو من اضافة
الشئ الى سببه يتعلق به التحريم يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج او سيد يتعلق به التحريم بين من ارضعته وبين ذلك الرجل
بان يكون ابا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه ابوها ولا لاخوته لانهم اعمامها ولا لابائه لانهم اجدادها ولا لاعمامه لانهم اعمام الاب ولا
لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابناء اولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها اولى
فلا يتزوجها ابوها لانه جدها ولا اخوها لانه خالها ولا عمها لانها بنت ابن اخيه ولا خالها لانها بنت بنت اخته ولا ابناؤها وان كانوا من غير صاحب اللبن لانها
اختهم لامهم ولو كان لرجل زوجتان ارضعت كل منهما بنتا لا تحل للرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت
برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فارضعت صبية فانها ربيبة للثاني بنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثاني وبناته ولو كان المرضع صبيا حل له
تزوجه ببناته هذا اذا لم تلد من الثاني فاذا ولدت من الثاني فان ارضعت رضيعا فهو ولد للثاني وان حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الاول فـ
قبلها اللبن من الثاني فالرضيع به ولد الاول عند ابي حنيفة رح ويثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رح ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال ابو يوسف رح
ان علم ان اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والا فهو ولد الاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثاني غالبا فهو
للثاني وان استويا فلهما وبقول ابي حنيفة قال الشافعي رح في الجديد وقد حكي الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عند محمد وابن الاول عند ابي حنيفة رح
وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا انسب بقول محمد فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فارضعت به ثم يبست
لبنها ثم در لها فارضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو ابا لها كما لو لم تلد من الزوج
اصلا اذ نزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها تحريم بين ولد زوجها ومن ارضعته لان اللبن ليس منسوبا اليه لان سببه الولادة وهنا اذا انتفت النسبة
فكان كلبن البكر ولبن الزنى كالحلال فاذا ارضعت به بنتا حرمت على الزاني وآبائه وابنائه وابناء ابنائه وان سفلوا وفي التجنيس من علامة اجناس
الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا لابيه ولا لاجداده ولا لاحد من اولاده
واولادهم ولعم الزاني ان يتزوج بها كما يجوز له ان يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء
الزاني واولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولد من الزنى فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال في
الخلاصة وكذا الولد المتحمل من الزنا لو ارضعت بلبن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكر الولوالجي ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة ما
لم يثبت النسب من الاب كذا ذكر الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو اوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون
اللبن اذ ليس اللبن كائنا من منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن كالحقنة فلا اثبات
فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اثبت الحرمة وبه يستدل على ابطال قول ضعيف
للشافعي انه لا تثبت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رض انما الحرمة من الرجال من الرضاعة وانه لو نزل للرجل لبن فارضعت صبية حلت له

وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل

فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه ولنا النص المذكور وما روي عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين ان افلح اخا ابي القعيس استاذن علي بعدما انزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اخا ابي القعيس ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني امرأة ابي القعيس فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني امرأته فقال ائذني له فانه عمك تربت يداك وفي رواية تربت يمينك الى غيره من الاحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث تيقنا وبهذا تلك المعقول على انه قد قيل انه لا يتغذى الولد به وأما لبن الرجل فسنذكره واذا ثبت عدم حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على زان ليس اللبن منه اولى بخلاف ما في الخلاصة ولكن يخالف المسطور في الكتب المشهورة اذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بالطريق الاولى وتقدم البحث في ذلك في الا انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الصبية من الزاني قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف الحرمة اليه احتياطا كالمصاهرة وانت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان حقيقة البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فاثبت حرمته لابنيه ثم انتشرت لوازم تحريم الولد قوله وكل صبيين يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو احد اسباب التغليب كالخفة في العمرين فان عمر اخف من ابي بكر ولو ثني بحسب ابي بكر رضي الله عنهما فعند البصريين يكتفى بتثنية المضاف فيقال ابوا بكر والكوفيون يثنون الجزئين فيقولون ابوا البكرين والشهرة كالاقرعين للاقرع بن حابس واخيه قوله ولا يتزوج المرضعة بفتح الضاد تورث ويجوز كونها فاعلا فينصب احد مفعوله فيرتفع وباقي الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي ارضعت رضيع مع المرضعة او كان سابقا عليه بسنين كثيرة او مسبوقا بارتضاعها بان لم يولد بسنين وكذا لا يتزوج اخت المرضعة لانها خالته قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله فان الاصح انه اذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع وجامد واعتبر بالكسارة في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا قوله هو اي الشافعي رحمه الله يقول انه اي اللبن على ظاهر نقل المصنف وعلى ما هو الاصح فمرجع الضمير القدر المحرم فيه موجود فيه حقيقة فيستلزم حكمه من التحريم قوله ونحن نقول حاصله القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لان الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا الا عدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة الشرب بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع اصل الشرب والسقي غير انه يترتب عليه حرمة النكاح ورجح للشافعي رحمه الله ان يقول بينهما فارق وهو بناء الايمان على العرف وفي العرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شربت لبنا الا ان يقال مغلوبا فيقيده وأما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مخلص الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالغلبة عند تحقق اللون المنبت هذا اذا اختلط بالماء. اما لو اختلط بالطعام ففي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه وقولهما فيه كقولهم في الاختلاط بالماء وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق لهما ان العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شيء عن حاله وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع فيما هو المقصود وهو التغذي وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيته باللبن وتنشؤه منه فقد اجتمع في جوفه ما ينبت واحد منهما اكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب في اللقمة لما عند رفع اللقمة فالاكثر الاصل اي هو في الطعام حتى لو كان ذلك الطعام قبيحا يشرب احتساء فيه اللبن ان غلب تثبت الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح

وإن اختلط بالدواء وهو اللبن غالب تعلق به التحريم لأن اللبن يبقى مقصودا فيه إذ الدواء لتقويته على الوصول. وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء. وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله لأن الكل صار شيئا واحدا فيجعل الأقل تابعا للأكثر في بناء الحكم عليه. وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لأن الجنس لا يغلب الجنس فإن الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود. وعن أبي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان وأصل المسألة في الأيمان. وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية. وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة. ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الإنشاز والإنبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيميما أما الجزئية في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

احترازا من قول من قال من المشايخ إن عدم إثبات أبي حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو إذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة أما معه فتحرم اتفاقا لأن تلك القطرة إذا دخلت الجوف أثبتت التحريم والصحيح الإطلاق عدم الحرمة لأن التغذي ح بالطعام والتغذي مناط التحريم **قوله** فإن اختلط أي اللبن بالدواء حاصله أنه كالماء إلا أن اللبن إذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصد أن الدواء لتنفيذه وعلى هذا إذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجر به أو استعط **قوله** وإذا اختلط اللبن بلبن شاة فإن كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير إياه أو لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لأن لبن الشاة لما لم يكن له أثر في إثبات الحرمة التحريم كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لأنه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا **قوله** وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله وقال محمد رحمه الله تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر رحمه الله وعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان رواية كقول أبي يوسف رحمه الله ورواية كقول محمد رحمه الله وجه قول أبي يوسف رحمه الله جعل الأقل تبعا للأكثر وجه قول محمد رحمه الله أن الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعا للآخر فيثبت التحريم من كل مستقلا قال وأصل المسألة في الأيمان إذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بيناه ثم قال الشارح عند محمد رحمه الله يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى أنه إنما يكون أصلا للخلاف إذا كان على الخلاف فإن النهاية وكان ميل المصنف إلى قول محمد رحمه الله حيث أخر دليله فإن الظاهر أن من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر وأصل أن الحج السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر **قوله** وإذا نزل للبكر لبن يتعلق به التحريم لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء وعليه الأربعة إلا في رواية عن الشافعي رحمه الله ورواية عن أحمد لأنه نادر فأشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عن الدليل إذا وجد وسنذكر لبن الرجل **قوله** وإذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبي تعلق به التحريم وبه قال مالك وأحمد رحمه الله خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى به الحرمة إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا أي لعدم المحلية لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا أن السبب الجزئية وحاصله الفارق بين الإجماعية وهي ما إذا كانت حية والخلافية وهي ما إذا كانت ميتة وهو موتها أن حيوتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لأن مانعيته إن أضيفت إلى انتفاء محليتها مطلقا للحكم منعنا الثبوت بعضا كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وتيممها لأنها محرم حماة زوجته وأيضا بالنسبة إلى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لأنهما أختان وبالنسبة إلى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في إفادة المانعية بل مفسد بانتفاء الحكم مطلقا فإن بين المانعية بأن الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولا فيها ثم يتعدى قلنا إن أردت أنه لا يتعدى إلى غيرها إلا بعد ثبوته فيها منعناه بل الحكم [illegible] محليتهما مع أن الحرمة إنما تثبت في الكل متأخرا عن التقدم في الأم ذاتي لا زماني فإذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن مع الحرمة كرامة إذ فيه تكثير الأعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس فإن أرادوا عينا منعناه بل لبن الميتة طاهر عند أبي حنيفة رحمه الله وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحيوة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس إذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن إلى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه أنه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وأبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله إنما قالا بتنجسه بالمجاورة فلو كان التنجس هو غير مانع من الحرمة لما وطئ في أنا تنجس حلبه وجر به الصبي تثبت الحرمة وإن أراد التنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق وسطا بفتح الواو والسعوط صبه من الأنف ويقال أوجرته ووجرته **قوله** أما الحرمة في الوطء جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق هو أن سبب الحرمة في الرضاع

واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فاما المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها

الاثبات والنشور بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لانها واقعة في ارتضاع لبن الميتة **قوله** واذا احتقن قال في المغرب الصواب حقن اذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي واذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعديه الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبي بل الى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين اصحابنا في كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا يثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا اطلقه بعضهم ونص آخرون على انه اذا وصل الى الجوف تثبت الحرمة وبعضهم ذكر انه روي عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة وجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار في الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي وكذا في الاذن الضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر باقطار الدهن في الاذن لسريانه فيصل الى باطنه فلا يمنعه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به ويثبت به ان حصل به رفق من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم ما يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا **قوله** لو نزل للرجل لبن فارضع به صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة وقد تذكر في بعض الحكايات انه اتفق لرجل رضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا ينبني الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم انه لو نزل لبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ويحكم بانه ليس لبنا كما لو نزل للبكر ما اصفر لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا تثبت الحرمة بخلاف الرجل الثاني الحكم لازم وانما بانه ليس لبن

قوله واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها اعلم ان ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فان الوطء ابتذال وامتهان وارتفاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته ولا يحسن صنع من يستفيد جزء نفسه وجهاته ليفيدها [illegible] صبيا بالنسبة الى المرضعة مكرمة لها وجعلت في الشرع اما له بسبب ان جزءها صار جزءا كما ان الامية من النسب كذلك اذ جزءه جزؤها وجزء الآخر جزء الاب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فانما خلقها لابتذال الآدمي لها على انحاء الابتذال لما ذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية اخرى فمنها ركوبهم ومنها ياكلون وهو سبحانه مالك الاشياء والحكيم على الاطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل ولهذا حصول الجزء منه مرتبة لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الاكرام والاحترام فلم يعتبر الشاة ام الصبي والالكان الكبش اباه والانثية فرع الامية وكذا سائر المحرم بعدها انما تثبت بتبعية الامية حتى الابوة فانه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الاب من النسب لان جهة التفصيل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن انما يتولد من الغذاء والا كان من ماء الرجل ثم يصل من اسفل التغذي لبقاء الحيوة والجزء لا يكون الا مما يصل من الاعلى الى المعدة ولكن لما اثبت الشرع ابوة زوجها بعد ارتضاع

وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد وإن لم تتعمد فلا شيء عليها وإن علمت بأن الصغيرة امرأته وعن محمد أنه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الإتلاف لكنها مسببة فيه إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للنكاح وضعا وإنما ثبت ذلك باتفاق الحال أو لأن فساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرط إبطال النكاح وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر وإنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الإفساد لا تكون متعدية لأنها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا

اللبن هو سبب فيه البعضية لسورية الرجل الأبوة وبين الأم والأب والأخوة والمحرمية ونقل أن الإمام محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الصحيح أفتى في بخارا بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه أعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الأحكام وحكمها كثر خطاؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير رحمه الله مولده الشافعي رحمه الله وفاتهما سنة ولد في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة رحمه الله وهو عام خمسين ومائة **قوله** وإذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه صار جامعا بين الأم والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأته والعقد على البنت يحرم الأم وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي ارتضعته الكبيرة نزل لها من ولد هو لدته للرجل كان حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لأنه صار أبا لها وإن كان نزل لها من حمل قبله ثم تزوجت بهذا الرجل وهي ذات لبن من الأول جاز له أن يتزوجها ثانيا لانتفاء أبوته لها إلا أن يكون دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لأن الدخول بالأم يحرم البنت وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة إن لم يكن دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الإرضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط بإضافة الفرقة إليها يعرف منه أن الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة وارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء إضافة الفرقة إليها وإن كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها إن لم تكن مجنونة ونحوها وأما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لأن الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في إسقاط حقها لعدم خطابها بالأحكام وصار كما لو قتلت مورثها فإنها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولأنها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة في إلقامها الثدي مختارة فصار كمن ألقى حية على إنسان فلسعته ضمن لأن اللسع لها طبع فأضيف إليه وأورد عليه ما لو ارتد أبوا صغيرة منكوحة ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر أجيب بأن الردة محظورة في حق الصغيرة أيضا مع إضافة الحرمة إلى ردتها التابعة لردة أبويها بخلاف الارتضاع لا حظر فيه فيستحق النظر فلا يسقط المهر بل يرجع به على الكبيرة إن تعمدت الفساد يرجع به عليها وإلا لا يرجع وتعمده بأن تعلم قيام النكاح وأن الإرضاع مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا ترجع والقول قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لأنه لا يعرف إلا من جهتها وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الوجهين ما إذا قصدت الفساد وما إذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لأنها أي الكبيرة وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك أي تأكيد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الإتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة لأن إلقام الثدي شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي وهذا ظاهر غير أن المصنف بين كونها مسببة بأن فعل الارتضاع ليس موضوعا لإفساد النكاح بل لتغذية الصغيرة وتربيتها وإنما يثبت الفساد باتفاق صيرورتها أما وبنتا تحت رجل أو لأن إفساد النكاح الكائن بفعلها ليس بسبب الإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من أن وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للإيحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه الحكم التي ... ما بهذا التقرير بعينه يجري في مباشرة العلة بأن يقال الارتضاع ليس بإفساد للنكاح وضعا والإفساد ليس لسبب إلزام المهر شرعا بل لإسقاطه إلخ وليس مع مسببا فالمعول عليه

وهذا منا اعتبار للجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رح يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي قلنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

في كونه سببا لما بيناه واذا كانت مسببة يشترط فيه اي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبب للهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه او في غيره ضمنه للتعدي فيه وانما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينهض على محمد رح اذ كان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه سبب فيشترط التعدي وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه فانما ينهض الاستدلال على ان المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قتل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص والدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا ارضعت اجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم تغرما شيئا وان تعمدتا الفساد واجيب بالفرق بان فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منها بخلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسألة فوقع فيها الخطأ وذلك بان قيل فارضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لان كلا افسدت لصيرورة كل بنتا للزوج **قوله** وهذا منا اعتبار الجهل الخ جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام عندكم ليس عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غيرا اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسألة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما اجنبية معا او على التعاقب حرمتا فلو كن ثلثا فارضعتهن بان القمت ثنتين ثدييها واوجرت الاخرى ما حلبته حرمن او على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانهن حين ارضعت حرمتا فحين ارضعت الثالثة لم يكن في عصمته سواها ولو كن اربعا فارضعتهن مثنى او واحدة ثم الثلث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانها حين ارضعت الآخريين لم يكن في نكاحه غيرها ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقي نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس في نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما او ارضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم ارضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا منه لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبيرة الثانية ان ابتدأت بارضاع الصغرى الثانية بانتا منه او بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين ارضعت الاولى صارت اما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت تحرم الام ثم ارضعت الثانية ليس في نكاحه غيرها **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن احمد واسحق والشافعي رح باربع نسوة وهو الذي في كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا احمد ومالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهي امر ديني يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي فانه تثبت الحرمة عليه باخباره وان لم يثبت زوال الملك في ضمنه وكم من شيء يثبت ضمنا بطريق ما يثبت به لو قصد

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

وحديث عقبة بن الحارث في الصحيحين انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد ارضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال فاعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك له قال وكيف وقد زعمت ان قد ارضعتكما وعقبة هذا يكنى ابا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروي مطولا في الترمذي وفيه فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت اني ارضعتكما وهي كاذبة فاعرض عني قال فاتيته فقلت انها كاذبة قال كيف بها وقد زعمت انها قد ارضعتكما دعها عنك قلنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه وزوال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكة محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا يستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد واما الحديث فكان للتورع الا يرى انه اعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية ايضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لما جاء به من اول الامر فان الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقريرا على المحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمينان نفسه بخبرها لا من باب الحكم وكونها كانت معقلة على ما قيل لا ينفي الاطمينان للنفس بخبر مثلها فيكون معه لان بعض البلاهة يقارنها عن الغالب عدم الخبث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا القدر لا في الجنون فقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم من الرجال يطلعون عليه وايضا الرضاعة لا تتوقف على الثدي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروي عن عمر رض مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية **فروع** قال لامرأته هذه امي من الرضاعة او اختي او بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك فان قال اخطأت ونسيت ان كان بعد ان ثبت على الاول بان قال بعده هو حق وكما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال اوهمت قبل ان يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي رح والنكاح باق لان مثله انما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثله في الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى على الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمتنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو اقرت المرأة بذلك واكذبها هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي رح يحلف الزوج على العلم في قوله وعلى الثبات في قولها ولو تزوجها قبل ان تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو اقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا اقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها ان تزوج نفسها منه انتهى لكن وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فيصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروي والله اعلم

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان احكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي احكام الرضاع شرع بذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب احكامه وايضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا ان ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة لغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالاخف وايضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود باحكامه ويتلوه الطلاق فاوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه

قال الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها
فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة

قوله تعالى الطلاق مرتان اي التطليق او هو مصدر طلقت بضم اللام او فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والطلاق
لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال اطلقت بعيري اسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتي يقال ذلك اذا امر بطلاقها
طلقتها فان قالها ثانية فليس فيه الا التاكيد بخلاف ما اذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل
على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق او كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سياتي وغيرها كقول القاضي فرقت
بينهما عند اباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في ابائها وردة
احد الزوجين على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا
فقول بعضهم رفع قيد النكاح من اهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ويشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له
في حقيقته والتعريف لحقيقته وركنه نفس اللفظ واما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله
وشرعه رحمة منه سبحانه وشرطه في الزوج ان يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفي الزوجة ان تكون منكوحة او في عدة التي يصلح معها محلا للطلاق وضبطها
في المحيط فقال المعتدة بعد الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطي لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تحقق العدة دونهما
كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا ان تلحق الخلوة بالوطي فكانها هو وفيه تساهل ثم يقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة موبدة او غير موبدة
لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة الموبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج لانه لا فائدة توجب في اعتباره لانه لا يتوقف لغاية ليفيد الطلاق
فايدة واما في الفسخ بغيرها فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ انه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كانه لم يكن وكذا بعدم الكفاءة ونقصان
المهر وعلى هذا اذا سبي احد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الخروج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان
كانت المرأة فكذلك لحلها للسابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة احدهما مسلما او ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية
وان كانت المرأة فكذا عند ابي حنيفة رح وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربي ومحل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت
كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستامنين فاسلم احدهما او صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلث حيض فاذا حاضتها فهي امرأته
وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لان المعنى منها كانه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا اسلم احد الذميين وفرق بينهما
باباء الآخر فانه يقع عليها طلاقه ان كانت هي الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا اسلم احد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض ايضا بالمرتد يقع طلاقه
عليها مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابي يوسف رح فلو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها في العدة لا يقع واختلف في محليتها للطلاق لو ما جرت فانفسخ النكاح فهاجر
بعدها وهي في العدة على قولهما يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف رح والاول هو قول محمد رح فاما على قول ابي يوسف رح الاخير يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى الرجل
امرأته بعدما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف رح والاول هو قول محمد رح في قول ابي يوسف رح الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها ثم اعتقته
يحل الطلاق في ما بين المسلمين مع عكس الحكم في المنقولة في المسئلة الثانية على ما ذكر ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها وهي على الخلاف
وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عنده يخالف ما ذكره محمد في السير فيما اذا اسلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب ثم هاجر وقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلث حيض او ثلثة
اشهر فلو امضت وقعت الفرقة قال محمد رح وعليها ثلث حيض اخرى وهي فرقة بطلاق ولهذا يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا ان المدة اقيمت

وانّ هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد فى الكراهة

مقام آياته بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه واما وصفه بانه ابغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه ابو داود وابن ماجة عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان ابغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه وغاية ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه وتعالى ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم امره سبحانه ان يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة او ريبة فان طلاقه حفصة لم يقترن بواحد منهما واما ما روي لعن الله كل ذواق مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس اجمعين ولا يخفى ان كلامهم فيما سيأتي من التعاليل يصرح بانه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وانما ابيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا فى بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع فالاصح حظره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما ابيح فى بعض الاوقات اعنى اوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر فى رواية لابى داود ما احل الله شيئا ابغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له فى الزمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة ان يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز او يتضرر باكراهه نفسه على جماعها فهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها فى عصمته بلا وطء او بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها او لم ترض هى بترك حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين واما ما روي عن الحسن وكان قيل له فى كثرة تزوجه وطلاقه فقال احب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأي منه ان كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم فطلاق عمر ام عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن انتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق فحكمه وجود الحاجة مما ذكرنا واما اذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء ادب فيكره والله سبحانه اعلم واما حكمه فوقوع الفرقة موجلا بانقضاء العدة فى الرجعي وبدونه فى البائن واما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان اكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكائد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلثا لان النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة اليها والحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلثا ليجرب نفسه فى المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة والا امكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر ايضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة الا وقد جرب وفقه فى حال نفسه وبعد الثلاثة تبلى الاعذار اما اقسامه فما افاده المصنف بقوله الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي اعلم ان الطلاق سني وبدعي والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعي كذلك فالسني حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ولا فى الحيض الذي قبله لم يطلقها فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتي ويتركها حتى تنقضي عدتها لما اسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم النخعي ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلث حيض قال محمد وبلغنا عن ابراهيم النخعي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل امرأته ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك حيث يمكنه التزوج بها فى العدة او بعدها دون تحلل زوج آخر واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فان سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر

والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة

الا انحائض فلا خلاف لاحد في الكراهة انها واقعة وانما ادعى الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك رح ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحب به عند الصحابة رضي الله عنهم احسن واعلم ان السني المسنون هو كالمندوب في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها عقيب جماعها او حائضا او ثلثا فمنع نفسه منه الى الطهر الآخر والواحدة نقول انه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتثالا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو اوقع واحدة في الطهر الخالي من غير ان يخطر له داعية ذلك الايقاع سمي سنيا وطلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب هو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ اسبابها وقيام داعيتها وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير ان يخطر له داعية وتهيؤ له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعية وطلب النفس له وتهيؤ وكف تجافيا عن المعصية اثيب **قوله** والحسن طلاق السنة وانت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له الا ان تمييزه بالمفضول من طلاق السنة قال وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلاثة اطهار سواء كانت الزوجة مسلمة او غير مسلمة لانه المخاطب بالقاعدة لكن كذلك ويجب على الغائب اذا اراد ان يطلق ان يكتب اذا جاءك كتابي وانت طاهرة فانت طالق فان كنت حائضا فاذا طهرت فانت طالق فقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور ثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال ثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض ثم اراد ان يتبعها بطلقتين اخريين عند القرئين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا امرك الله قد اخطأت السنة السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء قال فامرني فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك او امسك فقلت يا رسول الله ارأيت لو طلقتها ثلثا اكان يحل لي ان اراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية اعله البيهقي بالخراساني قال اتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به ورد بانه رواه الطبراني ثنا علي بن سعيد الرازي ثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ثنا ابي ثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر رض وكذلك قال ابو حاتم وقيل لابي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم واما اعلال عبد الحق له بمعلى بن منصور فليس بذلك ولم يعله البيهقي الا بالخراساني وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة تحقيقا لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح الحسن الظاهر وطريق اعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور ان يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر اوقع اخرى في الطهر الآخر كذلك فان قدر ابانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا اوقع الثلاثة في ثلاثة اطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة فاذا حاضت حيضة انقضت وان كانت امة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت وقد وقع عليها ثنتان **قوله** ثم قيل الاولى ان يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها وقال المصنف والاظهر اي الاظهر من قول محمد حيث قال اذا اراد ان يطلقها ثلثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجح بانه لو اخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول اقل ضررا فكان اولى وهو رواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رح **قوله** وطلاق البدعة ما خالف قسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او مفرقة في طهر واحد وثنتين كذلك او واحدة في الحيض او في طهر قد جامعها فيه او جامعها في الحيض الذي يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا في كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع

ويمكن الحكم بإدارته على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا إلى دليلها
ثم قيل الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والأظهر أن يطلقها كما طهرت لأنه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا

بلفظ الثلث ولا في حالة الحيض لأنه بدعة محرم وقال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد وفي أمره صلى الله عليه وسلم ابن عمران يراجعها
حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض وأما بطلانه في الثلث فينتظمه ما يأتي من رفع كلام الإمامية وقال قوم يقع به واحدة وهو مروي عن ابن
عباس رض وبه قال ابن إسحق وبه نقل قال ابن إسحق ونقل عن طاوس وعكرمة يقولون خالف السنة فيرد إلى السنة وفي الصحيحين أن أبا الصهباء قال لابن عباس رض
ألم تعلم أن الثلث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من إمارة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم أن ابن عباس رض قال كان
الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلث واحدة فقال عمر رض إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو
أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم وروى أبو داود عن ابن عباس رض قال إذا قال أنت طالق ثلثا بفم واحد فهي واحدة وروى ابن إسحق عن عكرمة عن ابن عباس رض
قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلثا في مجلس واحد قال
إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلثه وفي غيرها واحدة لما في مسلم وأبي داود والنسائي أن أبا الصهباء كان كثير السؤال
لابن عباس رض قال أما علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس رض بلى كان الرجل إذا طلق امرأته
ثلثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر رض فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال أجيزوهن
عليهم هذا لفظ أبي داود وذهب جمهور الصحابة رض والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلث ومن الأدلة في ذلك ما في مصنف ابن أبي شيبة
والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلثا قال إذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن أبي داود عن
مجاهد قال كنت عند ابن عباس رض فجاءه رجل فقال إنه طلق امرأته ثلثا قال فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ثم قال ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن
عباس رض فإن الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك بانت منك امرأتك وفي الموطأ مالك بلغه أن رجلا قال لعبد الله بن عباس رض إني طلقت
امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى فقال ابن عباس رض طلقت منك ثلثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطأ أيضا بلغه أن رجلا جاء إلى
ابن مسعود رض فقال إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ما قيل لك فقال قيل لي بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الإجماع على
هذا الجواب وفي سنن أبي داود وموطأ مالك عن محمد بن إياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت
معه فسأل عبد الله بن عباس رض وأبا هريرة رض عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فإنما طلاقي إياها واحدة فقال ابن عباس رض إنك أرسلت
من يدك ما كان لك من فضل هذا يعارض ما تقدم من أن غير المدخول بها إنما تطلق بالثلث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس رض وفي الموطأ
مالك مثله عن ابن عمر رض وأما إمضاء عمر الثلث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة رض له مع علمه بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود
ناسخ هذا إن كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم بإناطته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فإنا نرى الصحابة تتابعوا على هذا ولا يمكن وجود
ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبدا فمن ذلك ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس رض وأبي هريرة وبروي أيضا عن عبد الله
بن عمر رض بن العاص وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل إلى ابن مسعود فقال إني طلقت امرأتي تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود ثلث تبينها وسائرهن
عدوان وروى وكيع عن الأعمش عن حبيب عن أبي ثابت رض قال جاء رجل إلى علي بن أبي طالب فقال إني طلقت امرأتي ألفا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم
سائرهن على نسائك وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال جاء رجل إلى عثمان بن عفان رض فقال طلقت امرأتي ألفا فقال بانت منك بثلث وأسند عبد الرزاق عن

وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

عبادة بن الصامت ان اباه طلق امرأة له الف تطليقة فانطلق عبادة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبعة وتسعون عدوانا وظلما ان شاء عذبه وان شاء غفر له وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة الف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء او عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل اما اولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن احد منهم انه خالف عمر رضه حين امضى الثلث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة الف ان يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذين توفي عنهم صلى الله عليه وسلم لا يبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم اكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وانس وابي هريرة رضه وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد اثبتنا النقل عن اكثرهم صريحا بايقاع الثلث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن انس بانها ثلث اسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر فيه ان يصير كبيع امهات الاولاد اجمع على نفيه وكن في الزمن الاول يبعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رضه لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة اذا طلق ثلثا مع ظهور الفرق بان مخالفته لا تحتمل مخرجا عن الابطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا ايضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا اجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان معتقدا بامر الشرع على ذلك الظاهر قلنا ان نشتغل معه بتأويل وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على الناسخ او العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته بذلك او ان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضة اجماع الصحابة رضه على او جدنا كل من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر في امضائه فظاهر حديث ابن مسعود رضه فتأويله ان قول الرجل انت طالق انت طالق انت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التأكيد في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تأويله ان الثلث التي يوقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فامضاه عمر واما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما اراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان رضه قال ابو داود وهذا اصح واما المقام الثالث وهو كون الثلث بكلمة واحدة معصية او لا فحكي فيه خلاف الشافعي رح استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روي ان عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رضه امرأته شهبانة ثلثا لما هنأته بالخلافة بعد موت علي رضه ولان الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر الا ترى انه لو طلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق في حالة الحيض لانه يحرم للاضرار بتطويل العدة عليها لا الطلاق وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه يحرم للتلبيس وجه العدة ابالاقراء او الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فاقتضى ان لا طلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلثا بمرة واحدة وكان مقتضاه ان لا يقع شيء كما قالت الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه كذلك وهو امكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لا تنافي الحظر الى آخره على ما نبين قلنا ايضا ما قدمناه

المتن

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها

من قول ابن عباس للذي طلق ثلثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلثا فقال ان عمك عصى الله فاثم واطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلثا جميعا فقام غضبان فقال ايلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين اظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا اقتله وما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف ثم فيجب حمل ما روي عن بعض الصحابة من الطلاق انهم قالوا ثلثا للسنة وايضا لنا ما ذكر المصنف من ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنياوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد الذي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد منا ان الحاجة باطن فانيط الحكم بالدليل وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهي ههنا غير متصورة للعلم باندفاعها بالطلقة الواحدة فاجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة تحقق الى فطام النفس على وجه يامن ظاهرا من الندم وطريقه ايقاع الثلث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهناه **قوله** المشروعية في ذاته جواب عن قوله مشروع فلا يجامع الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرناه من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنياوية فجاز اثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب الاحكام مع استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالي كالصلوة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا احسن من قوله مشروع في ذاته الخ اذا تاملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر وسيصرح به في وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في طلاق الحامل حيث قال ان اباحة بعلة الحاجة **قوله** وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة **قوله** واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل يعني اصل المبسوط وهو الكافي للحاكم ابي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادة لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها وما يدل على صحة هذا ان ابا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب تجويز ان يكون ابو ركانة طلق قبل الدخول او انه اخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره اذ ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن ابي حنيفة ان الخلع لا يكره حالة الحيض **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلثا كان عاصيا ففي التي خلا بها اولى ان يكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها ثبت بقسميها ان يطلقها واحدة ليس غير وان يطلقها اخريين عند الطهرين ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة وكانه عم المدخول بها في التي خلا بها فانها ايضا تجب مراعات السنة في طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر **قال** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات

ولا في الحيض لتحقق قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلو اخل باحدهما لزمت المعصية وانما قلنا ان لزماه في تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذي جومعت فيه اما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية واما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة واما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر انبنى عليها خلافا لزفر رحمه الله وهو يقيسها على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح. فيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا امرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى طلاقه الخاص الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها **قوله** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر اي بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وقيل سبع او كبر كانت آئسة بنت خمس وخمسين على الاظهر او العادة بان بلغت بالسن ولم تر دما اصلا فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى واذا مضى شهر طلقها اخرى قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اي لم يحضن بعد فيما مضى لان تقلب معنى المضارع الى المعنى فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وايضا نص على ان الاشهر عدة بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر والعدة في ذوات الحيض ليس الا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض وصرح بالاستبراء فانه في ذوات الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر ويجوز كون الاقامة باعتبار ما يلازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة وهو اوجه بانه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة ايام لانها اكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون مدتها غالبا شهرا وفرق بين قولنا هو بدل من حيض تتخللها اطهار وقولنا بدل من الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحققها الا من مسماه وما الزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا الزم منع الطلاق في الشهر الثاني لانه في الحيض حكما مدفوع بانه مقامه في انه عدة فقط لا في ذاته وذات الشهر طهر لا في حكم اخر الا يرى ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الاقراء حرام وفي الآئسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له في الفروع **قوله** ثم ان كان الطلاق وقع في اول الشهر وهو ان يقع في اول ليلة رؤي فيها الهلال تعتبر الشهور بالاهلة اتفاقا في التفريق والعدة وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق اي في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفي ثلثين من الطلاق الاول بل في الحادي والثلثين فما بعده لان كل شهر معتبر بثلاثين فلو طلقها في اليوم الموفي ثلثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح تعتبر بالايام وهو رواية عن ابي يوسف ره فلا تنقضي عدتها الا بمضي تسعين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في العدة بالاهلة بالاجماع يخالف نقل الخلاف **قوله** وهي مسئلة الاجارات يعني اذا استاجر ثلاثة اشهر في راس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا ناقصة كانت او كاملة وان استاجر في اثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه اسهل وليس بشيء ووجهه بان الاصل في الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن ان يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء وهو لم يستاجره جمادين ورجب مثلا فاشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة مرح فلا بد من تعيين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة اشهر من هذا اليوم

قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطي غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان الرغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا يقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل

فلا ينقضي هذا الشهر حتى يدخل في هذه الايام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك في الثلاثة **قوله** ويجوز ان يطلقها اي يطلق التي لا تحيض من صغر او كبر ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين وطيها وطلاقها بشهر وفي المحيط قال الحلواني هذا في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له ان يفصل بين وطيها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولا يخفى ان قول زفر ليس هو الافضلية لفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما اقيم مقامه وهو الشهر ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان **قوله** ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي لا تحيض من صغر او كبر والكراهة اي كراهة الطلاق في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض او بالوضع وهذا الوجه ينتفي في التي لا تحيض لصغر او كبر بل بالاتفاق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ ان لا يجوز تعقيب وطيها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما ولما كان ظاهر ان يقال قد علل منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع اجاب بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هو بل انقطاع سبب من اسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطي وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بقي الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطي مدة تتجدد الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطي غير معلق فعدم المدة فقط بالوطي القريب عدم احد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن ان يقال ينبغي ان يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قبله من التعليل بعدم توهم الحبل وادعاء ان الكراهة في ذوات الحيض باعتباره فانه تعليل بلا اثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى ان ترى الدم ثلث مرات او لا تراه فتستمر في العدة الى ان يظهر حملها او يظهر انه امتد طهرها بان لم يظهر حملها فتصير لا مرد فهذا الحال لا يختلف بوطيها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطيها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا اثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت في الطهر وعدمه الا تجويز انها حملت او لا وهذا لا اختلاف معه لحال التي ذكرنا من اعتدادها لا يقال انه على اصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطي يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلثا الا اذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل فلم يظهر بل وعلى اصلنا لانا نمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه استحاضة فمع تجويزنا الحبل لا نتيقن بان ما رأته حيض او استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطيت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق فلو اعتبر لمنعنا منع الوطي فيه ايضا خصوصا في آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وتغير حاله وحالها **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وان اعتبر حاضرا ولانه زمان الرغبة في الوطي لكونه غير معلق لانه اتفق انها قد احبها او لحظة فبقي امتناعا من غيره فرغب فيه لذلك ولمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة في الوطي لكل من الامرين **قوله** ويطلقها للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رض لان الاصل في الطلاق

شهر

الحبلها جبلتنا

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة

الطهر وقد ورد الشرع بإكمال الثلاث مفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض في الصغيرة والآيسة فصح الإلحاق في تفريقها على الأشهر والأشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها وفيهما لا يفرق الطلاق على الأشهر فكذا الحامل وهو قول محمد رحمه الله وقول الأئمة الثلاثة رحمهم الله لهما أن الإباحة بعلة الحاجة وقد بينا أنها لا تنتفي مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم التفريق على أوقات الرغبة وهي الأطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرطه دلالة كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لا يكون عادة إلا بعد زمان وحين رأينا الشرع فرقها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزا علمنا أنه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان إلى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر فأدرنا الإباحة على الشهر وعلى هذا فالتفريق على الأشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيهما أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لأنها محل النص على تعلق جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك وعلى هذا التقدير سقط ما رجح به شارح قول محمد من أن قوله تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه فطلقوهن لعدتهن لما بينا من انتفاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الأقراء وإنما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر المتقدم إن من السنة أن تستقبل الطهر فيطلقها لكل قرء واحدة والقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرا من غير جماع وهذا لا لزوم التفريق طريقه أن مفهوم طلقوهن لعدتهن أطلقوهن لعدتهن فيستلزم عموم طلاقهن لأنه جنس مضاف وكذا عدتهن فتقابل جميع طلاقهن وهو ثلث بجميع عدتهن وجميعه بقيام واحد حرام فكان المراد تفريقه على الأطهار وما يقوم مقامها بما يستلزمها وهذا غير لازم لأن الفعل إنما يدل على المصدر النكرة فالمعنى أحدثوا طلاقا عليهن لعدتهن أي لاستقبال وأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص إنما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها بالنسبة خاصة إليها اتفق أنه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك إن لم يتفق أن النسبة بالثلث وعلى هذا يقوى بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول العدة الحامل غير أنا لا نعلق به إباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان تجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان. **قوله وإذا طلق الرجل** امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية ونقل الخطابي عن إسماعيل بن علية من المحدثين وهذا لأن النهي عنه لمعنى في غيره يعني النهي المستفاد من الأمر أي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن هو المراد بالأمر في قوله صلى الله عليه وسلم ما بهذا أمرك الله قوله وهو ما ذكرنا أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص بإجماع الفقهاء. قوله ويستحب له أن يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع فيندفع به قول نافي الوقوع والحث على الرجعة والاستحباب المذكور إنما هو قول بعض المشايخ وكأنه عن قول محمد في الأصل وينبغي له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب والأصح أنه واجب كما ذكر المصنف عملا بحقيقة الأمر فإن حقيقته مفاد الصيغة الطلبية على وجه الحتم واعلم أن على قول الشافعية رحمهم الله أن لفظ الأمر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق الندب مأمور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب إذ لا يلزم من قوله مره أحد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فإذا لم يتعين ثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد بالاستحباب وأما عندنا فمسمى الأمر الصيغة الموجبة كما أن المصنف

قال وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الأصل وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى قال أبو الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول أبي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الأصل قولهما ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل وإذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليها زمان السنة فأمكن تطليقها على وجه السنة ووجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها ولكانت صادرة من عمر رضي الله عنه الى النبي صلى الله عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مر ابنك على وجوبين صريح هو الوجوب على عمر رضي الله عنه ان يأمر وضمني هو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه والقائلون بالاستحباب هنا انما نبهوه على ان المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب ان ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع اثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الأمر بقاء ما هو اثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا يصلح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد ان ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع ان محمدا في الاصل انما قال فلا دليل على الاستحباب مرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشايخ مصرحا بانه قول لبعض المشايخ بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله هو الاصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير اثره مع انه للمعصية اما بتأويلها بالعصيان او هو للطلاق في الحيض **قوله** وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء امسكها هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة اخرى راجعها وذكر الطحاوي ان له ان يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره في الاصل قولهما والظاهر ان ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب ابي حنيفة رحمه الله الا ان يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي في المشهور ومالك واحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن ابي حنيفة وهو وجه للشافعية وجه المذكور في الاصل هو ظاهر المذهب لابي حنيفة رحمه الله من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها قبل ان يمسها فتلك العدة كما امر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا او حاملا رواه مسلم واصحاب السنن والاولى اولى لانها اكثر تفسيرا بالنسبة الى هذه الرواية واقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال يمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة او ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي وقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب ايضا فلو لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية واما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزى اي ليس تجزيها على حدة حكم في الشرع والاولى ان يقول لا يمكن ان يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها فلا يتصور حيضة الا الثانية فلغى بعض الاولى ووجه ما ذكره الطحاوي ان اثر الطلاق انعدم بالرجعة فصار كانه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن ابي حنيفة رحمه الله اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره ان يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو اخذ بيدها بشهوة ثم قال لها انت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلث للسنة في الحال متتابعة لانه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا تقع الا الاولى ثم في كل طهر بعد حيضة تقع اخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك الى ابي حنيفة انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول او بالمس اما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له ان يطلقها اخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند ابي يوسف وليس له ان يطلقها اخرى حتى يمضي له وقت الطلاق شهر وعند ابي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله له ان يطلقها لان العدة الاولى سقطت فكان الطلاق عقيب الجماع في الطهر انما لا يحل لاشتباه امر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وظهر الحبل هذا في تخلل الرجعة فاما لو تخلل النكاح بان كان للاول ان فصيل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا وقيل في تخلل الرجعة ليس له ان يطلقها اتفاقا والاوجه انه على اختلاف الرواية عنه

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا وان لم يكن سنيا ايقاعا ولم يتناوله مطلق كلامه وينتظم عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث

قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة فان نوى ذلك فالظاهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة في الحال ثم عند كل طهر اخرى وان كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي يقع الثلث للحال لانه لا بدعة عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر يأتي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال ان كانت حائضا ثم لا يقع شيء الا ان يتزوجها مرة اخرى فتقع الثانية فان تزوجها ايضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر واما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى مع ثلثا الوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى حيثيتي سنة الطلاق وهو السني وقتا فيخرج فوات الثاني ووقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جنبها بخلاف ما قررنا او لو صرفه عن هذا بنيته فاوقع الثلث حيث يصح خلافا لزفر قال لانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا اي وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل اي لاجل السنة التي اوجبت وقوع الثلث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال انت طالق ثلثا اوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في شانه للوقت اظهر منها للتعليل فينصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ اوقات وكذا اذا نوى ان يقع عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند راس الشهر حائضا او طاهرة لان راس الشهر اما ان يكون زمان حيضها او طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنيته الثلث عند راس كل شهر مع العلم بان راس الشهر قد يكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا او وقوعا **قوله** وان كانت اي المرأة التي قال لها انت طالق ثلثا للسنة آيسة او من ذوات الاشهر التي هي فصول العدة عندهم فيها الحال عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا من ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض **قوله** وان نوى ان تقع الساعة ثلث وقعن عندنا خلافا لزفر رحمه الله لما قلنا من انه سني وقوعا فيصح منويا وللقائل ان يقول ينبغي ان يقع الثلث في الحال متتابعة لان هذه يجوز ان يطلقها عقيب جماعها في كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهتم به ذلك وهو ان الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلث في الوقوع كما لو شهرها لشهوة وقال انت طالق ثلثا للسنة على ما مر عن ابي حنيفة رحمه الله حيث يقع الثلاث متتابعة لان وقت كل واحد منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب ان لا ينحصر حل طلاقها ثلثا بطلقات متفرقة في ان يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته ان يكون اولى ثم ينعطف هذا البحث على ما تقدم ايضا **قوله** بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة الخ اذا قال انت طالق للسنة ولم يذكر ثلثا وقعت واحدة في الحال ان كانت في طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها او حائضا لم يقع شيء حتى تطهر فيقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص اي الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى في اوقات طلاق السنة ومن ضرورة تنوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلثا جملة اختلف فيه فذهب المصنف وفخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى انه لا يصح وانما يقع به واحدة في الحال وذهب القاضي ابو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى انه يصح فيقع الثلث جملة كما يقع متفرقا على الاطهار لان للسنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلاث وحققه بعضهم بان التطليق المختص بالسنة مستحب وهو ما عرف ودبري وكلاهما عرفنا بالسنة وان اقترن احدهما بالنهي فايهما نوى صح فاذا نوى البدعي صح لانه يحتمل

فصل ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

كلامه مختار المصنف اوجه لان مع نية الجملة لا يكون اللام للوقت مفيدة للعموم وما وقع الثلث الا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لان مجرد طالق لا يصح فيه نية الثلث على السياق انشاء الله تعالى فاذا افتقد تعميم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلث فلا يعمل فيه جملتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعي فايهما نوى صح ان اراد انه اذا نوى الطلاق العام الذي هو احد القسمين صح ممنناه ولان طالقا لا يراد به الثلث اصلا بلا خلاف في المذهب على السياق لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان اراد والله نوى فردا من الطلاق البدعي او المستحب صح فمسلم ولا يفيد وقوع الكل وليس ثم موجب آخر لفرض ان اللام ليست لعموم الوقت ليس غير واورد عليه بعض الشارحين منع ان تعميم الاوقات لا يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على انه اذا قال انت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلث لما سيعرف من انه بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم وكذا بالطلاق في وقت من اوقات السنة تصير طالقا في جميع اوقاتها المستقبلة وهذا غير مطابق للتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله طالق للسنة تعميم اوقات السنة بالوقوع لا فيما اذا لم تكن نية وقد ذكرنا انه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم يقع به واحدة بلا نية ولو نوى فيه تجدد الواقع في الايام علمت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة ايام فهذا يصلح الحاقا على تحقق وقوع الثلث مفرقا على الاطهار في هذه المسئلة ومفرقا على الايام في المسئلة المورودة بناء على ما ذكرنا من ان طالقا لا يقبل التعميم وللسنة على ما قرره المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع في العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب انها طالق في جميع اوقات السنة المستقبلة وفي كل الايام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا جملة فلا محتمل له للتعميم فلا تصح نيته وسنذكر ما ذكر من وجه تصحيحه في فصل اضافة الطلاق انشاء الله تعالى **فروع** الفاظ طلاق السنة على ما عن بشر عن ابي يوسف للسنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام واحسن الطلاق واجمله وطلاق الحق او القرآن او الكتاب كل هذه تحمل على اوقات السنة بلا نية لان كل ذلك لا يكون الا في المأمور به ولو قال طالق في كتاب الله او بكتاب الله او معه فان نوى طلاق السنة وقع في اوقاتها والا وقع في الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب او به او على قول القضاة او الفقهاء او طلاق القضاة او الفقهاء او فان نوى السنة دين وفي القضاء يقع في الحال لان قول القضاة والفقهاء يقتضي الامرين فاذا خصص دين ولا يسمع في القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية او سنية وقع عند ابي يوسف للسنة ولو قال حسنة او جميلة وقع في الحال قال محمد وفي الجامع الكبير يقع في الحال في كلها لان هذه الصفات جاز ان توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر فيقع في الحال واعتبر ابو يوسف رحمه الله الغالب وباقي هذا الفصل في تشبيه الطلاق ولو قال طالق للبدعة او طلاق البدعة ونوى الثلث في الحال يقع لانها تحتمل كلامه وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع وان لم تكن له نية فان كان في طهر فيه جماع او في حالة الحيض او النفاس وقعت واحدة من ساعته وان كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض او يجامعها في ذلك الطهر

فصل قوله ولا يقع طلاق الصبي وان كان يعقل والمجنون والنائم والمعتوه كالمجنون قيل وهو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وافعاله الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدي الى ان لا يحكم بالعته على احد والاولى ان يقال من يكون كل من الامرين منه غالبا سنا وكثيرا منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح احيانا والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والذي في سنن الترمذي عن ابي هريرة رضي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا الطلاق المعتوه

وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع

المغلوب على عقله ضعفه وقد روى ابن ابى شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي وروى ايضا عن علي رضي الله عنه كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري ايضا عن علي وبالاجماع بالجواز ينبنا النفاذ وروى البخاري ايضا عن عثمان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف وادناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا ينبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر بجواز طلاق الصبي مراده العاقل ومثله عن الامام احمد رحمه الله والله اعلم بصحة هذه النقول **قوله** وطلاق المكره واقع وبه قال الشعبي والنخعي والثوري خلافا للشافعي رحمه الله وبقوله قال مالك واحمد رحمه الله فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه غير انه محمول على اختياره وذلك لا تاثير له في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تاثير للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ من اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم احكام الدنيا واحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عمم وروى محمد رحمه الله باسناده عن صفوان بن عمر الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروي ايضا عن عمر رضي الله عنه انه قال اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة واما الوجه القائل الاكراه لا يزيل الخطاب فيما اكره فيه حتى يباح مرة ويفترض اخرى ويحرم اخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل او وجب الاقدام عليه فان كان تلفظا او لا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه واحكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعها السيد ابو شجاع في قوله يصح مع الاكراه عتق ورجعة + نكاح وايلاء طلاق مفارق + وفيء ظهار واليمين ونذره + وعفو لقتل شاب عنه مفارقي وهذا في الاكراه على غير الاسلام واما الاكراه على الاسلام فيتم به حتى ان الاسلام يصح معه **قوله** وطلاق السكران واقع وكذا عتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وما في بعض النسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس مذهبا لاصحابنا لانه اذا قال نويت به او ذكر كناية من الكنايات مثل انت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات

واختيار الكرخي والطحاوي رحمهما الله انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجراً له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه

ان يصير بحال يحسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسألة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي في الاصح واحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وابو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه ان محل ما يصح التصرف معه وان كان حكمه ما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح او مظنته وليس له ذلك فهو اسوأ حالا من النائم لانه اذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا اثر له والا صحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله باكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فافتى المزني بحرمتها وافتى اسد بن عمرو بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من امرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها فاذا دنا عليه واعتبرنا اقواله فهذا الوجه من الجانبين بعيد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل الى آخره ويبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييزه الرجل من المرأة والعجب ما صرح به في بعض العبارات من ان معه من العقل ما يقوم به التكليف اذ لا شك انه على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره فيستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره اذ لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وبلا النصوص فالاجماع فانه لما الحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحد والقصاص حتى حد في القذف وقتل اذا قتل فان يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق اولى وتمام البحث ان اقراره بما يوجب الحد ان حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجبه اجماعا قرينة عقيبة عدم صحة ردته لان صريح النص انما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو اثبتناه في اصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب الكفارة التشديد فيما يوجبه ولان الكفر والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط في الاكفار بل يحتاط في عدمه ولان ركنها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانه ايضا لا يعتقد ما قاله من الكفر بهذا لا يدافع الكفار لانا نقول اكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زائل العقل لا يوصف بانه مستخف بشيء ذكر في جامع الفقه لان بقاء عقله لا جراء الحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل يقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الآفة ينبغي ان نقول يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سألت ابا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرورة مبيحة فكان محل هذا ما قلنا وعن هذا قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع لان الحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة وهي الصداع للتعليق لان شرط الاسناد للمعلول الى علته لو تنزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له

وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب
إن شاء الله تعالى وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق
معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية
لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان

في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل سبب المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بمعنى الترخص
فلم يضف زوال العقل إليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق التشديد لإضافة
زوال العقل إليه وهو المعصية وعلى هذا لو شرب مكرها أو لإساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله قال شيخنا وفخر الإسلام وكثير منهم على أنه
يقع لأن عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والأول أحسن لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب في زواله بسبب
محظور وهو منتف والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة الأربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها
مختارا اعتبرت عباراته وأما من شرب من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ويفتى بقول محمد
لأن السكر من كل شراب محرم **قوله** وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت مفهومة فكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وشراؤه
سواء قدر على الكتابة أو لا وهذا استحسان بالضرورة فإنه لو لم يعتبر منه ذلك أدى إلى موته جوعا وعريا وأيضا الشرع اعتبرها منه في العبادات ألا يرى أنه إذا
حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان مصليا فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو
أدل على المراد من الإشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى أن المراد من الإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه
لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بيانا لما أجمله الأخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والأخرس فيها كالصحيح فإذا طلق الأخرس امرأته بالكتابة وهو
يكتب جاز عليه ومن ذلك ما يجوز على الصحيح لأنه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء وسنفصله إن شاء الله تعالى
موصولا بكنايات الطلاق **قوله** وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعي عدد
الطلاق معتبر بالرجال فإن كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين وإن كان هو حرا وهي أمة لا تحرم عليه إلا بالثلاث ونقل أن الشافعي لما
قال عيسى بن أبان له أيها الفقيه إذا ملك الحر على امرأته الأمة ثلاثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فإذا حاضت وطهرت أوقع أخرى فلما
أراد أن يقول فإذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي
قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما له ما روي عنه
صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا الطلاق تحقيقا للمقابلة فإنه لا يصح أن
يراد به الإيقاع بالرجال لأنه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن وفي موطأ مالك أن نفيعا مكاتبا لأم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا
كانت تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا
بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان
رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الرافع الثابت بخلاف ما رواه وما هو من معنى المقابلة لأنه فرع
صحة الحديث وحسنه ولا وجود له حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف قال الحافظ أبو الفرج بن الجوزي هو موقوف على ابن عباس رضي الله عنهما
وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطأ موقوف عليه وعلى عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابي والإلزام إنما يكون بعد الاستدلال لأن حقيقته نقض
مذهب الخصم بما يعتقده الملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه إلا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون إلا

ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق أثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وتأويل ما روي أن الإيقاع
بالرجال وإذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ تستعمل في
الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا

إذ كان ما اقترن به مما يعتقده صحيحا وهو مذهب عنده في مذهب الصحابي فهو في معتقده غير منقوض فلم يثبت المذهب ودليل المقاوم ما رويناه فإن قلت
قد ضعف بعضهم مظاهرا بروايته مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم
وثانيا بأن ذلك التضعيف ضعيف قال ابن عدي أخرج له حديثا آخر عن المقبري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة
من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم منهم من ضعفه عن أبي عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وأبي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه
ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشائخنا بجرح فإذن
إن لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا وما يصحح الحديث أيضا عمل العلماء على وفقه قال الترمذي عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده انتهى والله أعلم
قوله ولأن حل المحلية نعمة تتزيد بزيادته ولذا اتسع له صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضيلته وللرق أثر في تنصيف النعم في الشرع كما عرف إلا
أن العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان يعني يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوج حرتين ونصفا وعقيب طلاقه إياها لكن العقدة لا تتجزى فكملت
كالطلقة والحيضة في حقها ثم لو تم أمر ما رواه كان المراد به أن قيام الطلاق بالرجال لا بهن ولو كان احتمال اللفظ مساويا للثاني تبادر ما رويناه فكيف وهو
المتبادر إلى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال **قوله** وإذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته
لأن ملك النكاح يثبت للعبد لأن ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية إلا أنه يحتاج في ابتداء تملكه إياه إلى إذن المولى لأنه
المشروع بلا مال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على
رضاه به والتزامه إياه فإذا التزمه حتى يثبت له الملك كان إليه رفعه لا إلى غيره وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس جاء النبي صلى الله عليه وسلم
رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج
عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق رواه الدارقطني أيضا من غير طريق والله أعلم **فرع** الوكيل بالطلاق إذا لم يكن
بحال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعيا فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة وإذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها
الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله أعلم بالصواب

باب إيقاع الطلاق ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السني والبدعي وإعطاء بعض أحكام
تلك الكليات وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لإعطاء أحكامها كهذا
أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي فنزل منزلة تفصيل يعقب إجمالا فظهر أن المراد باب بيان أحكام ما به الإيقاع والوقوع
لأنه أراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجا **قوله** فالصريح قوله أنت طالق إلى آخره ظاهره يفيد أن لا صريح سوى ذلك وليس مراده لما سيذكر منه
التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لإشعار الكاف بعدم الحصر وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع فيه
حروف الطلاق بصيغة التفصيل لا الأفعال إلا أن يقال الوقوع بالمصدر تناوله بطالق **قوله** فكان صريحا لأنه ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر
حقيقة أو مجازا صريح فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الألفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون

ولانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

بغيره الا ان في قوله في تعليل عدم افتقاره الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصف بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لا استعمالهما شرعا مرادا هو بهما **قوله** لانه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية اما الاول فمقيد بما اذا لم يعرض عارض تسميته مال او ذكر وصف على ما سيأتي وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله والمطلقات يتربصن فعلم ان التشريع يستعقبها الاجماع على ان المراد بالبعولة في الآية الكريمة المطلقون صريحا حقيقة كان او مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا بعلا حقيقة فلا حاجة الى اثباته في ذلك وما قرر بعضهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ثم اثر اداء ان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو باولى من تكلفه ثم الجواب عنه يمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل يقال ايضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بتعلق الملك على معنى منع السبب من تاثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط البائع فان معناه رد المبيع من ان يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا بمنع تاثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب يعني الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لا اثبات بحث آخر على ان كونه في الاول حقيقة مما منعه الخصم ويدل عليه ايضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان فانه اعقبه الرجعة التي هي المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصر وانه يعقب الرجعة بالنص كذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل بدل على ابقاء النكاح بعد الرجعي هو المطلوب آخرا ما الثاني وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع الفقهاء الاداود لانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا احتمال الغير لا اخطاره عند خطاب المرأة به من النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث امره بالمراجعة ولم يسأله انوى ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال في وقائع الاحوال كالعموم في المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة الطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية اظهر ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيئا اصلا يقع لانه يقع وان نوى شيئا آخر لما ذكر انه اذا نوى الطلاق من وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل في رواية كما سيذكره ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما لمعناه او النسبة الى الغائبة كما يفيده **فروع** من تكرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول انت طالق ولا ينوي لا تطلق وفي متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم توقف وكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال لقوم علمت ذكرا بالفارسية فقولوا سي فقال زن من اسبه طلاق فقالوه لم يحكم بالحرمة عليهم وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيئا آخر كذا نقل من فتاوى المنصور وفي الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه وقبلت بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه او لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسألة الذكر وفيها في الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل طلاق الرجل الذي اراد ان يتكلم فسبق لسانه بالطلاق وقع وفي المنتقى قال ابو حنيفة رح لا يجوز الغلط في الطلاق وهو ما اذا اراد ان يقول اسقني فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال ابو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفي الخلاصة ايضا قالت لزوجها اقرأ علي اعتدي انت طالق ثلثا ففعل طلقت ثلثا في القضاء لا فيما بينه

وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى به الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء

وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينوه. هذا يوافق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية والذي يظهر من الشرع ان لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله وقوله فيمن سبق لسانه واقع اي في القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق يدين بخلاف الهازل لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ وسنذكر في انت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع انه اصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله لا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني اللفظ بعد القصد الى اللفظ. الحاصل انه اذا قصد السبب عالما بانه سبب الشرع حكمه عليه اراده او لم يرده الا ان اراد ما يحتمله واما انه اذا لم يقصده او لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما يتنبوا عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم وفسر بامرين ان يحلف على امر يظنه كما قال مع انه قاصد للسبب عالم بحكمه فالغاه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر ان يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله وبلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده اليه فهذا تشريع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاشياء التي لم تقصد وكيف لا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه وانما لا يصدقه غير العليم وهو القاضي وفي الحاوي معزوا الى الجامع الاصغر ان اسد ابن عمرو سئل عمن اراد ان يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على ايهما يقع الطلاق فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما اما التي سماها فلانه لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح وأما ما روي عن نصير من ان من اراد ان يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه **قوله** كذا اذا نوى الابانة اي بالصريح يقع رجعيا ويلغو نيته لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك فيرد عليه لانه اذا استعجل ما أخره الشرع يرد كما يرد حرمان الوارث بالقتل للاستعجال فيه **قوله** ولو نوى الطلاق اي بقوله انت طالق من وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر الا ان يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله

ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ وعن ابي حنيفة رحمه الله يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال انت متخلصة من العمل ولو صرح فقال طالق من هذا العمل صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه بين انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه قليلا وكل ما يدينه القاضي اذا سمعته منه المرأة او شهد به عندها عدل لا يسعها ان تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر **قوله** ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها اي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه اي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية **فروع** ولو قال لها يا مطلقة بالتشديد او يا طالق وقع ولو قال اردت الشتم لم يصدق لان لنداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف يا ابني لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال اردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية ابي سليمان وهو حسن وينبني على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم ناداها لا تطلق وقد روى وكيع عن ابن ابي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة بن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الطيبة فقالت ما قلت شيئا فقال هات ما احببت فقالت سمني خلية طالق قال فانت خلية طالق فجاءت عمر رضي الله عنه فقالت ان زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصة فاوجع عمر راسها وقال لزوجها خذ بيدها واوجع راسها ولو قال اعتقك مثل ما هو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق وعلم بينهما ونسبها الى ابيها او امها او اختها او ولدها او امراته بذلك الاسم والنسب

لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا

فقال عنيت اخرى اجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الاقرار لفلان بن فلان اذا ادعى من ذلك اسمه ونسبه لا يلزمه الاعطاء ويحلف ما له عليه هذا المال لانه هو فلان
بن فلان ولو قال هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في ابطال الطلاق عن المعروفة الا ان يشهد الشهود على نكاحهما
قبل ان يتكلم بالطلاق او على اقراره بها قبل ذلك او تصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال لامرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق
امرأته الا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان اقضيك فامرأتي فلانة طالق باسم امرأة غيره لا تطلق اذا خرج قبله ولو
قال لاحدى نسائه يا زينب فاجابته زوجته عمرة فقال انت طالق طلقت المجيبة ولو قال انت زينب طلقت هذه بالاشارة وتلك بالاقرار هذا في القضاء اما
فيما بينه وبين الله تعالى فانما يقع على التي قصد ذكره في البدائع ولو قال انت زينب فقالت عمرة نعم فقال اذن انت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق
او لك عنيت النية ولو قال فحولي اناما لي لا تطلق حتى يقولها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احداهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت
التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال احدكما او احدى امرأتي طالق ويقع بالتعيين وانت طالق وكذا لو قيل له طلقتها فقال نعم
او نوى صح بقيد النية في البدائع ولا يقع بطلاقك الا اذا طلب في الحال ولو قالت انا طالق فقال نعم طلقت ولو قال في جواب طلقني لا تطلق وان
نوى ولو قيل له الست طلقتها فقال بلى طلقت او نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فان اهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفي ولو قال
عندي طلاقك فقالت اخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلاقك بعد طلقها في النوازل مرة ثم اعاده وشرط النية وهو الحق
واما المصحف فهو خمسة الفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق الا اذا اشهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتي تطلب
مني الطلاق وانا لا اطلق فاقول هذا او يصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق او لا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى
ولو قال نساء اهل الدنيا او نساء القرية طوالق وهو من اهل القرية لا تطلق امرأته الا ان ينوي ها رواه هشام عن ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وعن محمد روايتان
ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الاصح وفي نساء اهل السكة او الدار وهو من اهلها او نساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء اهل القرية منهم من الحقها
بالدار ومنهم من الحقها بالمصر ولو قال طلاقك علي يقع ولو زاد فرض او واجب او لازم او ثابت قيل تطلق رجعية نوى او لا وقيل لا يقع وان نوى
وقيل في قول ابي حنيفة رحمه الله يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل في قول ابي يوسف رحمه الله في ذلك كله الى نيته وقيل يقع في واجب
للتعارف فيه وفي الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف في الفتاوى الكبرى للتمامي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا او ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت
الا بعد الوقوع ففرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد ان ثبوته اقتضاء ولا يتوقف على نية الا ان يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما
بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع والا فلا لانه قد يقال هذا الامر علي واجب بمعنى ينبغي ان افعله لا اني فعلته فكانه قال ينبغي ان اطلقك قد تعورف في عرفنا
في الحلف بالطلاق يلزمني لا افعل كذا يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب ان يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت فانت طالق وكذا تعارف اهل
الارياف الحلف بقوله علي الطلاق لا افعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختيارا في النداء وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر
ولو قال انت بثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم انو لا يصدق اذا كان في حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد والا صدق
ومثله بالفارسية تو بسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال انت اطلق من فلانة وفلانة مطلقة او غير مطلقة فان عنى به الطلاق وقع والا
فلا اذ نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة ان افعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته

قال ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة المرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا

ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وإن نوى ثلاثا فثلاث

فقال لها ذلك فإنه يقع وإن لم ينو وكذا لو قال أنت أزنى من فلانة لا يحد لأنه ليس صريحا في القذف ومن محمد رحمه الله فيمن قال لامرأته كوني طالقا أو اطلقي يقع
لأن قوله كوني ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس أمرا بل كناية عن التكوين فيثبتها
طالقا فيقتضي إيقاعا قبل فيتضمن إيقاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله لامرأته كوني حرة **قوله** ولا يقع به أي بالصريح المقيد بالفاظه المتقدمة أنت
طالق ومطلقة وطلقتك إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك لأن الصريح مطلقا إن كان بالمصدر يقع الثلاث بالنية وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى
وهو قول الأئمة الثلاثة وزفر وقول أبي حنيفة رحمه الله الأول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور أنه نوى محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لأن الوصف كالفعل
جزء مفهومه المصدر وهو محتمل للثلاث ولهذا أي ولأن ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير صح قران العدد به تفسيرا حتى ينتصب على التمييز
وحاصل التمييز ليس إلا تعيين أحد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتي البتة قال صلى الله عليه وسلم
والله ما أردت إلا واحدة فقال والله ما أردت إلا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه أيضا إذ صح نية الثلاث بقوله أنت بائن وهو كناية ففي الصريح الأقوى أولى
قوله ولنا أنه نعت فرد قيل غير مستقيم لأن الكلام ليس في المرأة الموصوفة إنما تحتمل العدد على تعليله ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث
طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته وتحرير التقرير أن أنت طالق إذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها
بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن أن الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فإما أن يكون اعتبره اقتضاء تصحيحا
لإخباره فلا يتجاوز الواحدة إذ الضرورة تندفع بها والمقتضي لا عموم له لذلك أو نقله من الإخبار إلى الإنشاء وهو خلاف الأصل لا يصار إليه إلا بموجب نقل وهو منتف لأن
جعله موقعا لا يستلزم نقله إلى الإنشائية لأن اقتضاءه يحصل المقصود ويتعرض بالقطع بتخلف الإخبار اللازم للإخبار إذ لا يعقل أنت طالق إلا احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل
ينقطع قبل الإخبار من جهة الإنشاء من جهة بل هو إنشاء من كل وجه قلنا ويمكن أن يقال بعد تسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة علم أنه إنما نقله إلى الإنشاء لإيقاع الواحدة فجعله موقعا
لها فالاستعمال في غير المنقول إليه إلا أن ينقل أن الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم إنما يتفرع عن إرادة الحال
اللغوي ونقله إلى الإنشاء بيانه أنه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على أن المصدر الذي دل عليه اللفظ هو
الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد أصلا بل يختلف بالكيفية وبين ما يتعقبه الرجعة شرعا وما لا في الكمية حتى يتحقق كاسم هنا وفي البيع حيث جعل المصدر
بعت إنشاء حيث قال إلا أن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا فقد جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة إرادة الثلاث في مطلقة وطلقتك
لأنه صار إنشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون إلا صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره أي طلاقا أي تطليقا
ثلاثا كما ينتصب في الفعل مصدر غيره مثل أنبتكم من الأرض نباتا أو يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقتها وطلق نفسك لأن المصدر المحتمل للكل مذكور
لغة فيصح إرادته منه لأنه الفعل فيه إلى الإيقاع واحدة هذا ونقض بطالق طلاقا فإنه يصح إرادة الثلاث على إرادة ما ثلثته به المصدر الطلاق يدل على أن
المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فيصح أن يراد به الثلاث على إرادة التطليق به مفعولا لفعل محذوف تقديره
طالق لأني طلقتك تطليقا ثلاثا بقي أنه يرد إرادة الثلاث بأنت الطلاق وهو صفة المرأة والجواب أنه إذا نوى الثلاث كان المعنى أنت ذات وقع
عليك التطليق فيصح نية الثلاث ونقض بأنه لم لا يجوز في طالق عند إرادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر تقدير فيه
بأنه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفاعل اسم المفعول وهو منتف فإن قلت ظاهرا وكرت فيه لو صح أن يراد باسم المفعول

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى اما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان فى حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى فى الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما

صحت ارادة الثلث والغرض ان صريح اسم المفعول كانت طالق لا تقبل نية الثلث فكيف بما ادعوه والجواب ان الذى يقبله هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما قررناه فى الجواب به والذى يراد بطالق ليس للانشاء فقائل به ويدل على انه اراد بطالق الثلث حديث ابن عمر رضى الله عنه فى الصحيحين انه طلق امرأته فى الحيض فلم يستفسره النبى صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلث فيه لاستفسره ويدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد فى سنن ابى داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يمضى حكم المحتمل حتى يستفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل بحقائقها الا انها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يستفسره كما لم يسئل ابن عمر رضى الله عنه ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسئل وانما احتملت حقائقها اعنى معنى البينونة التى تقيدها البتة مثلا كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح ان يراد كل من النوعين بعينه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف للتيقن **قوله** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية يعنى طالق الطلاق وبالثالثة يعنى طالق طلاقا وما فى الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا ان لم يكن بالمصدر وبلفظ طالق فى محل الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان لم يقع به العدد الا بالكل فلا يصح يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان اخريان وهو باطل الخ لما عرف وهذا يقوى المروى عن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يقع به الا واحدة وان نوى ثلثا ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية او لم يذكر الا فى المنكر **قوله** اما وقوعه باللفظة الاولى يعنى الطلاق فان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار كقوله انت طالق ويرد انه اذا اريد به طالق يلزم ان لا تصح فيه نية الثلث وسنذكر جوابه **قوله** لا يحتاج فيه الى النية اى فى انت الطلاق الى نية لانه صريح فى غلبة الاستعمال المنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه قول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا فى طالق الصريح فيثبت له حكم طالق ولا يقال فيلزم فى سائر الكنايات انها صرائح لانا نمنع انها مستعملة فى الطلاق بل فى معانيها الحقيقية على ما سنحقق ان شاء الله تعالى بها البائن فان قيل فكيف يقع الثلاث وقد اريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح فى طالق ويحتمل ان يراد على حذف مضاف اى ذات طلاق وعلى هذا تصح ارادة الثلث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا اوجه ان شاء الله تعالى واوجه منه ما قيل انه وان اريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التى هى هواء مصوت فاذا فرض ان معناه الذى يراد به ليس الا ما يصلح له منه فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ويمكن ان يراد بها عين الطلاق ادعاء فتصح معه ايضا ارادة الثلث وعليه قول الخنساء فانما هى اقبال وادبار يعنى الناقة لا على ان المراد مقبلة مدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا يصح خلافا لزفر الا ان تكون المرأة امة له ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلث لم يصح باعتبار انه كثرة بل باعتبار انها فرد حكمى انه عام جنس واحد بخلاف الثنتين فى الحرة لانه عدد محض والفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية او الجنسية والمثنى بمعزل عنهما وقد ذكر الطحاوى انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة واما المحلى فيقع به الثلث قال الجصاص والتفرقة لا يعرف لها وجه الا على الرواية التى رويت عن ابى حنيفة رحمه الله فى انت طالق طلاقا انه يكون واحدة وان نوى ثلثا لان المصدر ذكر للتاكيد نفى المجاز لا للايقاع اما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفى المغنى لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى ابى يوسف ما قول القاضى الامام فيمن قال لامرأته
فان ترفقى يا هند فالرفق ايمن ... وان تخرقى يا هند فالخرق اشأم
فانت طلاق والطلاق عزيمة ... ثلاث ومن يخرق اعق واظلم

ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة وبقول رقبتك طالق او عنقك طالق او روحك طالق او رأسك طالق او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرها قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان

فقال ابو يوسف وهذه مسألة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فاتى الكسائي فسأله فاجاب عنها بما سنذكره وهو بعيد لكونه غلطا بعيدا عن منصبه مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية واساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله اهل الثبت من هذه المسألة عمن قرار الفتوى عين ما وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف رحمه الله اصلا ولا للرشيد ولمقام ابي يوسف اجل من ان يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد رحمه الله بفتوى فدفعها الي فقرأتها عليه فقال ما قول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن ... وان تخرقي يا هند فالخرق اشأم

فانت طلاق والطلاق عزيمة ... ثلاث ومن يخرق اعق واظلم

كم يقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلاث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوبا يقع ثلاث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء فيبقى قوله انت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلاثا منصوبا على معنى البدل والتفسير فيقع به ثلاث كأنه قال انت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلث تفسير الواقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة اما الرفع فلان ال في الطلاق اما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل اي المعتد به واما للعهد الذكري اي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلث فعلى العهدية يقع الثلث وعلى الجنسية واحدة واما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث اذ المعنى فانت طالق ثلثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع ما نواه هذا ما يقتضيه اللفظ واما الذي اراده الشاعر فالثلث لانه قال بعده

فبيني بها ان كنت غير رفيقة ... وما لامرئ بعد الثلث مقدم

انتهى وتخرقي بضم الراء مضارع اخرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة اذا كان ثلثا واما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر يبقى ان يراد مجاز الجنس فيقع واحدة او العهد الذكري وهو اظهر الاحتمالين فيقع الثلث ولهذا ظهر من الشاعر انه اراده كما افاده البيت الاخير فجواب محمد بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال **قوله** لو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق تقدم انه لو اراد بطالق طلاقا وبالطلاق ثنتين لا يصح فافاد هنا انه لو ارادهما بالتوزيع صح ووجهه بقوله لان كلا منهما صالح للايقاع فكأنه قال انت طالق وطلاق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها وهذا منقول عن ابي يوسف والفقيه ابي جعفر وشمس فخر الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدره فلا يقع الا واحدة وكذا في انت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا انتصب او ارتفع بعد صلاحية اللفظ للتعليق وصحة الارادة به للايقاع بلزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهر ان الاولى في التشبيه ان يقال فصار كقوله انت طالق طالق وطلاق وان صح الآخر من جهة المعنى **قوله** وان اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع ومثل المضاف الى الجملة بقوله انت طالق والمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى ان الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ انت ورقبتك الا ان المعنى ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع او بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو احد الاقوال في انت انه بتمامه ضمير او التاء بما عداه ان واللواحق حروف تدل على خصوص المراد **قوله** ويقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او رأسك او وجهك هذه امثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذكر استعمالاتها فيها واما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا واما الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما اخرجه ابن عدي

رأس القوم ووجه العرب وهلك رأسه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك
ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق
الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف
في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق
فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة
في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها
وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه
بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

في الكامل عن ابن عباس رضي قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج ان يركبن السروج وضعفه وانث لفظ ذوات الفروج بكون لفظ
الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل **قوله** رأس القوم اي كبرهم ويا وجه العرب يعني يا وجيههم وبه يندفع ما اورد ان الاستدلال فاسد
لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا ان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لا انه
عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا ايها العرب
انتهى ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض تألم بعضهم بتألم البعض فاثبت له الوجه
ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كونه مجاز استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته
فاطلق عليه رأس القوم ووجههم اي اشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك اي ذاته الكريمة واعتق راسا [illegible]
الرقيق واما بجز ما دام رأسك سالما يقال مرادا به الذات ايضا **قوله** ومن هذا القبيل الدم يعني في رواية يطلق ويراد به الكل وهي رواية كتاب
الكفالة قال لو كفل بدمه يصح ورواية كتاب العتق لا يصح فانه قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع **قوله**
وكذلك ان طلق جزءا شائعا يعني يقع عليها كنصفها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة **قوله** لو قال يدك
طالق او رجلك هذا يقابل معنى الاول اي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر
لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل
لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى او اعتق اصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا
العفو عن القصاص وما كان من اسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف **قوله** لهما انه قياس
مركب نتيجة الاول انه اي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فيجعل صغرى [illegible] ما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق
ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس [illegible] فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا
على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب
في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق [illegible] ثم دخلت
ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع **قوله** ولنا انه حاصله منع محليته للطلاق يمنع علية كونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح
والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وامرها بمعنى الى تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح او لا ثم يثبت حل تمتعه حكما بهذا الحكم والطلاق
ينبئ عن رفع القيد فيكون ومنه من يرفع ذلك ويرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من اجزاء المرأة
لان النص خطاب وهو يتعلق بالاجزاء الخارجية بل يسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في حكمه
بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل
لا باعتباره نفسه مقتصرا ولذا لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد ان يقال لا يقع لكن ينبغي ان يكون ذلك
فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبتها [illegible]

فلا يتعلق

بستى

واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلث تطليقة كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف تكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فتتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا

في قوله عز وجل ذلك بما قدمت يداك اي قدمت ومعناه صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما اخذت حتى ترده وتعارف قوم التعبير بها من الكل وقع بالاضافة اليها لان الطلاق مبني على العرف كذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ولا مناقشة في هذا انما الخلاف في ان ما يمكن ان يتجوز به هل يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فاما على مجازه في الكل فلا اشكال انه يقع مهما كان او رجلا ابد كونه مستقيما لغة او لغة قوم **قوله** واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن ولذا لو قال ظهرك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه اما لو كان فيهما عرف في ارادة الكل بهما ينبغي ان يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو بضعك او نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس كذلك لان البضع بمعنى الفرج ايضا ويقع في الفرج دون البضع بجواز تعارف احدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك وهذا لان حقيقة الكلام ان يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير به او قد يقال على العنوان كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لا يقع بالاضافة الى الفرج او وقوع استعماله من بعض اهل اللسان فيجب ان لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وايضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذا لم يشترط في الوقوع به النية او الصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك **قوله** وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت تطليقة وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن او قال جزء من الف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لان بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى ان المراد بغيره ما ليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ما امكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن المذكور جزءا كان كذكر كله تصحيحا كالعفو **قوله** ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة وقيل ينبغي ان لا تقع الثالثة لان في ايقاعها شكا لان ثلثة انصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان التطليقتين اذا انصفا صارتا اربعة انصاف فثلثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفا طلقتين ونصفا كل من طلقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلثة انصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين **قوله** ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي والعتابي وعن هذا انه لو قال نصفي تطليقة تقع واحدة وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا والثلث كالجمع اختصارا للمتعاطفات فكانه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة اذ ليس للشيء الا نصفان فيقع ثنتان اتجه ان نصفيها ونصفها اجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلث لان النكرة اذا اعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فاوقع عن كل

ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة وان قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط.

تطليقة جزء ولو زاد جزء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من اخرى على هذا لو قيل يقع ثلث اذا قال نصف طلقة وثلثها وسبعة اثمانها لم يبعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت اجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه اضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشائخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان او ثلث او اربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منها تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات طلقت كل تطليقتين وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد الثمان فقال تسع طلقت كل ثلثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال اشركتكن في ثلث تطليقات فلفظ بين ولفظ الاشتراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال للثالثة اشركتك فيما اوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلثا ثم قال لاخرى قد اشركتك فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فيقسم الثلث بينهن نصفين فتصير واحدة وهنا قد اوقع الثلث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيئا مما اوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه ان يسوي الثانية بها بايقاع الثلث عليها ولانه لما اوقع الثلث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشراك في كل واحدة من الثلث فكانه قال بينكما ثلث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما وقد يرد استشكاله فيمن قال لزوجته انت طالق ثلثا وقال لاخرى اشركتك فيما اوقعت عليها او الثانية اشركتك فيما اوقعت عليهما فجعلوا انه كتبنا تطلق الثلث ثم ما قلنا ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انه اشركها في ست وفي المبسوط ايضا لو قال لامرأتين انتما طالقتان ثلثا ينوي ان الثلث بينهما صدق فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلثا وكذا لو قال لاربع انتن طوالق ثلثا ينوي ان الثلث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلثا **قوله** انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث وما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا التفصيل عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى فهي قوله من واحدة الى ثنتين وما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلث وما بين واحدة الى ثلث يقع ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين اولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلثا ثم قال المصنف في قول زفر رح وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وتمامه ان زفر رح لا يدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف ان يراد بالغاية المتاخرة فقط مدخول الى وحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر باستعمال الغاية في الحد اي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو المبيع مثلا ولا يدخل الحدان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه ابي حنيفة رح حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر رح انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للاصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل انت طالق ما بين واحدة الى ثلث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلث لان الغاية لا تدخل تحت المغيا فالزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين ان يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باحتمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل عادة اليمين انه غير متروك الظاهر للقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا اصل القياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى ابي حنيفة ما نسب الى الاصمعي عن زفر انه قال له

وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رح ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكراه والاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لابد ان يكون موجودة لترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع

هذا الالزام كم سنك فقال الزفر ما بين ستين الى سبعين فقال ابو حنيفة مسنك هذا التسع سنين وهذا بعيد اذ يبعد ان يجيب فيما بين واحدة الى ثلث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون ان يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الالزام ح الا ان قد امتد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع على انه روي انه قال عند الزام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني ما بين الستين الى السبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل والعرف في الطلاق اذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فبقي على ظاهره وقد قيل من طرف غيرهما وهو ان ما بين العددين المذكورين اكثر من ستين فكيف تكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين احد وستون ومنتهاه تسع وستين لا واحد الى تسعة وانما يصح اذا لم يعتبر الحد الاول خارجا من مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صحيح فيه والا وجه ما ذكرناه والله اعلم **قوله** وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كقول الرجل خذ من مالي من عشرة الى مائة وبع عبدي بما من مائة الى الف وكل من الملح الى الحلوا فان للآخذ المائة والبيع بالف واكل الحلوا **قوله** ولابي حنيفة رح ان المراد في العرف والاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا يخفى ان المراد ان ذلك انما هو اذا كان بين الحدين تخلل فانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين ارادة مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففي نحو طالق من واحدة الى ثنتين ينتفي ذلك العرف من عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يعترض بانه لا يتاتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا ما يصدق عليه ولم يدع انه جار في غيره ويعترض بانه لم يصدق مع عدم تخلل مع انه مسوق لنفي قولهما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر رح الا انهما اطلقا فيه وابو حنيفة يقول انما وقع لذلك فيما مرجعه اباحة كالمثل المذكور اما ما اصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان الغاية الاولى لابد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلث اذ لا ثانية بلا اولى ووجود الطلاق عين وقوعه بخلاف الغاية الثانية في صورة ايقاعها وهي الثالثة فانه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة اما في صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها لانها انما دخلت ضرورة ايقاع الثانية بلا ثالثة وهو منتف وايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يخلو ان يقع بطالق وهذا كما صح في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر رح خلافا لما قيل لا يقع عنده شيء لعدم التخلل ووجه بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ الغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة كذا هنا يجب ان يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة واورد اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة اجيب بان ثانية يلغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلاث وانه كلام معتبر في ايقاع الثانية فلا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل لفظ ما بين هنا وهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلث الجواب ان ذلك في المحسوسات اما ما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق اذا لم يبلغ السبعين بل نشطرة ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القدر بقي ان يقال هذا ان انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلث فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلث وانما يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق فيجب اعتبار مفهومه بلفظه وهي لا توجب الادخال ما بين الحدين ولا مخلص الا بادعاء ان العرف افاد ان مثله يراد به ذلك في استعماله وقع وقد لا يسلمه زفر رح **قوله** بخلاف البيع جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الحائط الى هذا الحائط بالفرق بان الطلقة الثانية واقعة لا وجود لها

على ما نوى واحدة ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول

الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية في البيع لم تدع ضرورة الى ادخالها في المبيع فبقيت الغايتان خارجتين وانت علمت ان الاستدلال على الاقول الثلاثة ليس الا بقضية اللفظ ومسئلة البيع لا تمسك لها لان اللفظ لم يترك ظاهره فتحقق الفرق على قول ابي حنيفة ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى اخره فاقتضى من واحدة الى ثلاث وقوع ثنتين لانها الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت من هنا الى هنا الحائط الى هذا الحائط لان المتعارف انما وقع في الاعداد نحو ما بين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيره على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فان العرف اعتبر ان قضيته عدم وقوع الثانية **فرعان** لو قال من واحدة الى عشرة تقع ثنتان عند ابي حنيفة رح وقيل يقع ثلثا لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بالف وطلقها بالف وطلقها ثلثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلث وقعت واحدة نقل عن ابي يوسف رح بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية **قوله** ولو نوى واحدة اي في من واحدة الى ثلث وفي ما بين واحدة الى ثلث اذا كان فيه عرف الغاية **قوله** لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه

قوله ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب عالما بعرف الحساب فهي واحدة فيما اذا لم تكن له نية اولى ان تقع واحدة وقال زفر رح والحسن بن زياد تقع ثنتان وهو قول مالك والشافعي في وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب لو كان ما يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال احمد وعندنا تقع واحدة بكل حال وجه قول زفر ان عرفهم فيه تضعيف احد العددين بعدد الآخر فقوله واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين او ثنتين في مرة وثنتين في ثنتين ثنتين مرتين فكانه قال طالق اربعا فيقع الثلث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له اصلا لان ضربه درهمه مثلا في مائة الف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب وان كان على الانشاء لجعله في مائة لا يمكن لانه لا يحصل بقوله ذلك ماينه فليس ذلك الكلام بشيء **قوله** اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب الا في زيادة العدد والطلقة الواحدة اذا جعل لها اجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب في التركيب اللفظي كون احد العددين مضعفا بعدد الآخر فان العرف لا يمنع والغرض بانه تكلم بعرفهم واراده فصار كما لو اوقع بلغة اخرى فارسية او غيرها وهو يدريها

قوله فان نوى واحدة وثنتين بقوله واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف لجمع المظروف فصح ان يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها انت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت او غير مدخول بها كما قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وارادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وفي الكشاف ان المراد في جملة عبادي وقيل في اجساد عبادي ويؤيده قراءة في عبدي فهي على حقيقتها على هذا ولا يخفى ان تاويلها مع عبادي مبني على ان الخطاب لها بعد البعث وانما ليس الا في الجنة فالاوجه ان يشتمل على ذلك نحو قوله تعالى وتتجاوز عن سيآتهم في اصحاب الجنة ومن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الاقرار بان قال له علي عشرة في عشرة وادعى الخصم الجمع اي مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضي انه ما اراد الجمع الواو او معنى الظرف لها ولم تقع الا المذكور اولا فضى وان نوى ثنتين مع واحدة في ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لا يصلح حقيقة الظرف فيلغو الثاني **قوله** ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول او رد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة او عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يقول بالبينونة هنا بالطول اجيب باحتمال كونه تفرقة بين وصفها بالطول

قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقارنة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية **فصل** في اضافة الطلاق الى الزمان

فيقع به الرجعي وكناية فيقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية ابلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لانه ابلغ من جواد ولانه اثبات الجود له ببينة اعني كثرة الرماد ولنه تعليل على مذهبنا الزا الكانه قال لما قال من ههنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بان قال طلقتك طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بل اولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكوة مع ان الزكوة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك الا ان عنه في المسألة روايتين كما ذكره في الكافي لان بعض المشائخ قال في دليله لانه وصفه بالطول لو قال انت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز ان لا تحصل البينونة عنده بامدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكانه قال كالجبل لكن يقتضي هذا ان لا يقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول بالطول والعرض **قوله** قلنا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا وفي السموات ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو الرجعي وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مده الى مكان وهو لا يحتمل ذلك اصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشي انه انما مد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال والعامل صاحب الحال في التركيب الا الضمير في طالق **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة طلقت في الحال وكذا في الدار وان لم يكن في مكة ولا الدار وكذا في الظل والشمس والثوب كالمكان فلو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان قال عنيت اذا لبست او اذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا اقصد يتبدل بمكة او في مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول بانه لا اقتضاء **قوله** لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعي معدوم في الحال فقد جعل الشارع لمن له التخاصم التخاص لفظ وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود امر معلوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى هو رفع القيد ومنها شرعا الا الزوما عقليا والزمان الافعال هما الصالحان لذلك لان كلا منهما معدوم في الحال ثم يوجد او قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فانه لا يتصور الاناطة به ولو انيط به قبل وجوده فالمناط انما هو وجوده او فعل الفاعل له فكان الصالح للتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا اما الحال فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق لا المعلق واما اصابة الارض غالب عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير انت طالق فيقع به في الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد لانه لم تقل به فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده ولان الفعل لا يمكن ان يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في اثره الشرعي لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا ممكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** ولو قال في دخولك الدار او مكة تعلق بالفعل اي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط للمقارنة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فحمل عليه عند تعذر معناه اعني الظرف وكذا اذا قال في لبسك او في ذهابك وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا او غيره حتى لو قال في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر في باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع اي ما به الايقاع على ما قدمنا الى مضاف وموصوف

ولو قال انت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفاً للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غداً او غداً اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزاً والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غداً كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

وشتية وغيره معلق بمدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى باباً كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتاباً والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقاً بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجد ما تترتب على العلم باحوال شتى او اشياء من جهة خاصة وضعه ليبحث عن احواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفاً وقيل الواضع صنف العلم اي جعله صنفاً فالواضع للعلم اولى باسم المصنف من المؤلفين وان صح ايضاً فيهم وعلم بما ذكرنا انها متباينة تحت صنف على التباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة الا ليوجد خلاف تسميته بكتاب **قوله** ولو قال انت طالق غداً وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد لان جميعه هو المسمى بالغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى سبحانه لا في القضاء لانه خلاف الظاهر وقوله لانه نوى التخصيص في العموم تنزيل للاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غد النكرة في الاثبات فتخص فليس من صيغ العموم **قوله** ولو قال انت طالق اليوم غداً او غداً اليوم يقع في اول الوقتين تفوه به اما الاول فلانه تنجيز فلا يصح متاخراً الى وقت في المستقبل وادرد عليه انه لم لا يعتبر اضافة اخرى الاضافة حين ما تنجز والجواب ان اعتبار كلامه ابقاؤه للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة الى اخرى تحتاج الى اجازتها ووقوع اخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غداً كذلك حتى لو كانت العطف بان قال انت طالق اليوم وغداً او اول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم واول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله انت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الاول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فظهر انه مضاف لا انه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بياناً لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بان طالق اليوم ايقاع في الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار احدهما للتنافي واعتبار المعلق اولى لان في اعتباره الغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم في اعتبار المنجز الغاء كلمات وهي قوله اذا جاء غد لانه لم يتبع الفرق في الجوابين بانه توقف فلم يكن تنجيزاً مع اتصال المغير الشرطي ولم يتوقف وكان تنجيزاً مع اتصال المغير الاضافي فان قيل لم لم يجعل الثاني ناسخاً اجيب بان النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول ثبوته ووقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك تاخيره واما الثاني وهو قوله طالق غداً اليوم فلانه وقع مستقبلاً مضافاً وبعدما صح مضافاً الى غد لا يكون بعينه منجزاً بل لو اعتبر كان تعليقة اخرى وانما وصفها بطليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثاني ضرورة ولا يمكن جعله ناسخاً للاول لان النسخ انما يكون بكلام مبتدأ في نفسه مستقل وهو منتف هنا فان قلت فما وجه المسئلة اذا وسطت الواو فالجواب انه اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق اول النهار وآخره او اليوم وغداً او في ليلك ونهارك ونحو في الليل او قبله وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها في اول الوقتين تكون طالقاً في آخرهما ولو نوى ان يقع عليها اليوم واحدة وغداً واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغداً وبعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلثاً متفرقة على ثلاثة ايام وقعن كذلك وان قدم المتاخر كطالق غداً واليوم او في نهارك وليلك وهو في الليل او قبله وهو في النهار فمن زفر وكذلك يقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافاً صحيحاً والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقديرها في الاول بعد ما اضمار الحاصل انت طالق

ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دُيّن في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية. وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عيّن آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولان يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة

غدا او انت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر رحمه الله فيما لو قال انت طالق كل يوم فعند زفر رحمه الله يقع ثلث في ثلث ايام لانه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا في كل يوم يحصل بايقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية في طالق غدا واليوم تقع واحدة مشكل لان كل يوم اما ان يتعين اليوم وغدا وبعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة او قبله غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال انت طالق ابدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان تطلق كل يوم تطليقة اخرى صحت نيته وفي هذه المسئلة ما قدمناه من البحث اول كتاب الطلاق في مسئلة انت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلث انما هو باعتبار اضمار التعليق كانه قال طالق كل يوم تطليقة او باضمار في كانه قال في كل يوم ولو قال في كل يوم طلقت ثلثا في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر رحمه الله وفرقوا بان في للظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع

قوله ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في القضاء خاصة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لهما انه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في تعيين آخره ولهذا اي ولانه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في اول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد وغيره بمنزلته هذا لان حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي اثباته كذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها اعم من كونه متصلا بجزء آخر او كله اولا وانما يعرف خصوص احدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وكلمت في يوم يعرف عدمه لا مدلول اللفظ فاذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من افراد المتواطي بخلاف ما اذا لم يذكر في فيصل الفعل اليه بنفسه فان المفاد عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخا وعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنيته جزءا معينا فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء

قوله ولو قال انت طالق امس اي في الشهر الذي خرج وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء باجماع الفقهاء لانه اسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله انكار الطلاق فيلغو فكان كقوله انت طالق قبل ان اخلق ولانه حين تعذر تصحيحه انشاء امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح اي طالق امس عن قيد النكاح اذ لم تنكح بعد او عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للسنية انت طالق انت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب لغة الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الاولى اما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ او لبقائه متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين ويشهد لهم انه اذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية اخرى لا يقال فكذلك لقيام العدة يعود القيد لانه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأتيه احدكما طالق احدكما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا او التأكيد الا ان يقصد التجديد لان الايقاع على المنكر ليس غالبا ولا الداعي الى تكثير الطلقات من اللجاج والغضب بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة ولو كان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متأخري الشافعية وهي ان طلقتك فانت طالق قبله ثلثا وحكم اكثرهم انه لا يتعلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلثا ووقوع الثلث سابقا على التنجيز يمنع المنجز ووقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال كما نقول ايضا ان هذا التغيير بحكم اللغة لان الاجزية تتنزل بعد الشرط او معه لا قبله وبحكم العقل ايضا لان دخول اداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه

ولانهما

ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم أو يصح إخبارا على ما ذكرنا ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لأن كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لأنهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما للوقت قال الله تعالى ما دمت حيا أي وقت الحيوة ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى إذا الشمس كورت وقال قائلهم شعر وإذا تكون كريهة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت

ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا ألبتة فيبقى الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بالقبلية وهو حكم الشرع لأن النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي إلى رفعها فيتفرع في المسألة المذكورة وقوع ثلث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو ولو كان قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك **قوله** ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كقوله طلقتك وأنا صبي أو نائم أو مجنون وكان جنونه معهودا فإن لم يكن معهودا طلقت للحال لأنه أقر بطلاقها وأسنده إلى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الإضافة أو يصح إخبارا على ما ذكرناه من كونه إخبارا من عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم **قوله** لو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت باتفاق العلماء لأن متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى قصا لكلام عيسى عليه السلام وأوصاني بالصلوة والزكوة ما دمت حيا أي مدة دوامي حيا فصار حاصل المعنى إضافة طلاقها إلى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف إليه فيقع فلو قال موصولا أنت طالق بر حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا بر ووقعت واحدة وقال زفر ثلث ولو قال أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلث متتابعا لا جملة لأنها تقتضي عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فإن لم يكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك وإن قال ما لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر لأن تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان كم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا للاستقبال غالبا فإن لم يكن له نية لا يقع في الحال وإنما يقع بعد ستة أشهر لأنه أوسط استعمالاته لا يراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتي أكلها كل حين وأربعون سنة كما في قوله عز ذكره حين من الدهر والزمان كالحين لأنهما سواء في الاستعمال **قوله** لو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت باتفاق الفقهاء لأن الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق إلا باليأس عن الحيوة لأنه متى طلقها في عمره لم يصدق أنه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو أنه طلقها واليأس يكون في آخر جزء من أجزاء حيوته ولم يقدره المتقدمون حتى لو تعلق قبيل موته فإن كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار وإلا لا ترثه وقوله وهو الشرط يعني العدم وقوله كما في إن لم آت البصرة إعطاء نظير والمراد أن كل شرط بأن منافيا حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق إذا علق به إلا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا حسنا في المبتغى بالغين المعجمة قال إذا قال لامرأته إن لم تجيئي بكذا فأنت طالق ثلثا فهو على الأبد إذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال إن لم تدخلي البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لأن مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات **قوله** وموتها بمنزلة موته هو الصحيح احترز به عن رواية النوادر أنها لا تطلق بموتها لأنه قادر على أن يطلقها وإنما عجز بموتها وصار كقوله إن لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموته لا بموتها وجه الظاهر أن الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسئلة فإن بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس عنه بموتها وإذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لأنها بانت قبل الموت لم يبق بينهما زوجية حال الموت وإنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لأن الغرض أن الوقوع في آخر جزء لا يتجزى فلم يليه إلا الموت وبه تبين **قوله** ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى تموت عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت

ولابي حنيفة رحمه انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم شعر واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل * فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما

لان كلمة اذا للوقت بكلمة متى قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم وهو ابن عمر و جرى بن جمرة السنبسي واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب * يعني اخاه الصغير وما قيل انه لعنترة الحسنى فخطاء عند اهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لعنترة اخ اسمه جندب اصلا وانما له اخ من امه اسمه شيبوب ثم لم تكن امه بحيث لو اكل اباه شداد احيانا الا انها ابعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقبل البيت المذكور هل في القضية اذا ما تستغيثوا واستنم فاني البعيد الاجنب * واذا الشداد بالشدائد مرة احزنتكم فانا الحبيب الاقرب * واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب * هذا وجدكم الصغار بعينه * لا ام لي ان كان ذاك ولا اب * عجب لتلك قضية واقامتي * فيكم على تلك القضية اعجب * واعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وايضا تنظيرهما بمتى غير صحيح لانها لا تمحض للوقت ابدا وبها ينبئان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه بل المنقول لهما انه لا يسقط عنها معنى الوقت في المجازات فاورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لهما حاجة ان يبينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتهما في اثبات الاجماع ليكون دفعا لظاهر القول الكوفيين **قوله** ولابي حنيفة رحمه انها تستعمل للشرط ايضا يعني الشرط المجرد من معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل من الكوفيين واستشهد بقوله واذا تصبك خصاصة فتجمل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد من الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فيها ويكا قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على ان لا يشرب من دجلة حيث صرفاها الى الشرب بالآنية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج ابو حنيفة الى الفرق لانه جزم هناك لهما بالمعنى الحقيقي لاهنا وفرق بان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه اعم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اي للتيقن بحكمه بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع واما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل في آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندهما لما كان في الظرف مرادة خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي عبد الله ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح اولها اجبيل ان اباك كارب قومه * فاذا دعيت الى المكارم فاعجل * اوصيك ايصاء امرئ لك ناصح * طبن بريب الدهر غير مغفل * الله فاتقه واوف بنذره * واذا حلفت مماريا فتحلل * والضيف اكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للنزل * واعلم بان الضيف مخبر اهله * بمبيت ليلته وان لم يسئل * ودع القوارص للصديق وغيره * كيلا يروك من اللئام العزل * وصل المواصل ما صفا لك وده * واحذر حبال الخائن المتبدل * واترك محل السوء لا تحلل به * واذا نبا بك منزل فتحول * دار الهوان لمن رآها داره * افراحل عنها كمن لم يرحل * واستان حلمك في امورك كلها * واذا عزمت على الهوى فتوكل * واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل * واذا هممت بامر شر فاتئد * واذا هممت بامر خير فاعجل * واذا اتتك من العدو قوارص * فاقرص لذاك ولا تقل لم افعل * واذا افتقرت فلا تكن متخشعا * ترجو الفواضل عند غير المفضل * واذا تشاجر في فؤادك مرة * امران فاعمد للاعف الاجمل * واذا لقيت القوم فاضرب فيهم * حتى يروك طلاء اجرب مهمل * واذا لقيت الباهشين الى الندى * غبرا اكفهم بقاع ممحل * فاعنهم وايسر بما يسروا به * واذا هم نزلوا بضنك فانزل *

قوله فاني البعيد الاجنب * ذاكم وجدكم الصغار بعينه * لا ام لي ان كان ذاك ولا اب *

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رح لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكن تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى

وقد يستعمل الشاعر اذا فيها للشرط في ثلاثة عشر موضعا بالجزم ودخول فا الجزاء ويستعمل من عقلت الناقة بالعقل يريد عقلي تريب الدهر غير ممنوع وتجمل اي تظهر جميلا ولا تظهر جزعا وقيل كل الجميل اي الجمول وهو الشحم المذاب واين هذا من الاول في تاديبه وفي المبتغى لو قال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا لم اطلقك فانت طالق فمات قبل ان يطلق يقع عليها طلقتان لانه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق ويصلح هذا الطلاق شرطا في اليمين الاولى لانه وقع بكلام واحد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا اطلقتك فانت طالق فمات قبل ان يطلق وقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لانه وقع بكلام واحد قبل اليمين الثانية فالشرط هنا في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول ابي حنيفة رح اما على قولهما فيقعان بعد ان ييسر في الاولى للوجه الاول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث في قوله اذا لم اطلقك فانت طالق فكذا لو لم يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا اطلقتك فانت طالق زمان لم يوجد فيه تطليق فيقع قبل ان يفرغ منه هذه ثلث مسائل من الجامع الكبير انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك قبلا انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند ابي يوسف رح وعندهما لا يقع فالاصل ان الطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا ظرفان وقبل لا تقبل الطلاق واذا تقبله فاضيف اليهما وتمام الفرق بين الثالثة وما قبلها ما ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع اولان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك اعترض عليه بان وقوع الشك في ثبوت الطلاق يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية يحل وعلى تقدير الظرفية يطلق وكان يجب ان تحرم تغليبا للحرم وهذا اعتبار غير تام راجيب بان هذا متروك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاز فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلوة وعلى اعتبار عدمه تحل مع عدم صحيح الحرمة وان كان مبنى الصلوة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيئا انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة اما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم يعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله اعلم واعلم ان ما ذكره المصنف يشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية ومرجح فمقتضى الوجه في المشيئة ان على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض او غيره واما اذا عرفت بان استفسر فقال اردت الزمان فيجب ان يصدق على قولهما لا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال اردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه واما في مسئلة الطلاق اعني قوله انت طالق اذا لم اطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما محتملا شائعا فيه وفي الثاني تشديدا على نفسه **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة المنجزة فقط حتى لو كان قال انت طالق ثلثا ما لم اطلقك انت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلث معناه انه قال ذلك موصولا به فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا والقياس ان يقع المضاف ايضا فيقعان ان كانت مدخولا بها فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده وهو قول زفر رح لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله

ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة

انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لان اليمين انما تعقد للبر فهو المقصود وبها هو غير ممكن هنا الا ان يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان اصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته بر عندنا خلافا لزفر فيه فالمراد بالاصل هنا النظير لا الاصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر **قوله** ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار وهو ظاهر ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله امرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها او نهارا او خل الامر في يدها الى الغروب لانه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه الى ان يتبين خلافه كقولك احسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم ياتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصلح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة لما لا يحتمله لغو والطلاق من هذا القبيل فيقع ليلا تزوجها او نهارا كذا في عامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قيل انه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء به قال في الايمان لو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار الى ان قال والكلام لا يمتد ولان الذكر نفسه هنا يستقيم من غير تاويل في اتزوجك لا في انت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنة اليوم اقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشيء واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول اعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لانه المقصود بتكثير شعره وهو جزئية بخلاف المضاف اليه ولذا كان ظرفا ايضا لكن لم يقصد به الظرف فلما ذكر المضاف اليه لتعيين الظرف فيه المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف الحقيقي او المجازي اولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله الا ان بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب اعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو امرك بيدك يوم يسير فلان والامتداد كانت حر يوم يقدم وطالق يوم اتزوجك فلو ما بين المضاف اليه عدمه والمحققون رفضوا عن تلك الابهام من الشارحين من حكى خلاف الاعتبار يشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كانت حر يوم يسير فلان **فروع** قال انت طالق الى شهر تعلق فاذا انقضى شهر وقع وقال ابو يوسف والحال الوقت قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد لشهر مقتصرا او قال زفر مستندا او قبل موت زيد بشهر فمات لتمام وقع مستندا عند ابي حنيفة وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند ابي حنيفة تعتبر من اول الشهر ولو كان وطئها في الشهر تصير مراجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان بائنا ووطئها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة في الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا وكذا اذا طلقها بائنا او ثلثا او خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الطلاق بالاستناد وعندهما يقع الثلث والبائن ويصح الخلع ويصير الخلع ثلثا لو مات زيد قبل تمام الشهر

النكث

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او انا عليك حرام ينوي الطلاق فهو طالق
وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة
بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة
القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر وعن الخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها
لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف
التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

او تعلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في اثناء الشهر ثم وضعت حملها او لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل
وذا المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على تقدير كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده
بطريق التبيين ولو قال انت طالق قبل موتي او قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء ولا ترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو مقتضاه بعد الموت
وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض واذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث
ولو قال آخر امرأة اتزوجها طالق او آخر عبد املكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات او ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى
وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة
الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا يلزمها العدة ان لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين
القدوم والموت ان الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال ان كان في الدار زيد فانت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا
لان الموت في الابتداء يحتمل ان يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت اصلا فاشبه سائر الشروط في احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر
قبل الموت لان الموت كائن لا محالة الا ان الطلاق لا يقع في الحال لانا نحتاج الى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه ففارق من
هذا الوجه الشرط فاشبه الوقت في قوله انت طالق قبل رمضان بشهر فعلمنا امرين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر
يقع اول شعبان اتفاقا ولو قال لها اطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى يموت احدهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

فصل فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد **قوله** ومن قال لامرأته انا منك طالق
فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وبقولنا قال احمد وقال الشافعي رحمه الله
ومالك رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح اي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت
المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما حتى حل لكل الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما
وقوله وضع لازالتهما الضمير للملك والحل المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند
اكثر اصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نيته كالاضافة اليها والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حتى لا ينكح اختها واربعا سواها
فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نيته ولا يخفى انه يندفع ما اورد على الاول بالنكتة
الاخيرة اذ يقال تتميما للاول انما احتيج الى نيته في الاضافة اليه لانه غير متعارف **قوله** ولنا تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت
بالنكاح او القيد فمحل الطلاق محلهما وهي محلهما دونه فالاضافة اليه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيانه انها المحل اذ هي المقيدة بالنكاح
عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لا امور ترجع الى نفسها فهي المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج
باجنبية ولم تملكه هي باجنبي والنفقة بدل احتباسها اياها والحل الذي يثبت لها تبع للحل الذي يثبت له فانه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين من
ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل اثره حسب ما حققناه في باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعي عن
والثابتة بالنكاح ويرجع الى ما تقدم من ان الثابت تبعا لا يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها اي لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح

ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية وذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغى ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي

مشترك بينهما فصحت اضافتها الى كل منهما عاملة بحقيقتها بخلاف التحريم لانه ازالة الحل وهو مشترك فيصح كذلك عاملا بحقيقته وسيأتي تمامه في الكنايات والحجر عن اختها وخامسة فليس موجبه نكاحا بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لا اثرا للنكاح ولهذا لو تزوجها مع اختها معا او ضم خمسا معا لا يجوز **قوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء وكذا طالق او غير طالق وطالق او لا وبه قال الائمة الاربعة قال المصنف هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء او ثلثا او لا شيء انما لا يقع عليها شيء عند ابي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية ولا فرق بين المسئلتين وهي طالق واحدة او لا وواحدة او لا شيء وخص الخلاف في الاصل بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة لكن قول صاحب الاجناس نقل ذكره في الجرجانيات ولو كان المذكور ههنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لانه صح بخلافه في مسئلة او لا شيء فدل على وفاقه في هذه وهي مسئلة او لا واذ فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في او لا شيء وخلافه هنا رواية في مسئلة او لا **قوله** له اي لمحمد في ايقاعه واحدة على هذه الرواية انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق يقع به واحدة بخلاف قوله انت طالق او لا او طالق او غير طالق لا يقع به بالاتفاق لانه ادخل الشك في اصل الايقاع قوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد واستدل على هذا باثار اجماعية منها انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث لانها بانت بطالق لا الى عدة فلم يبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه لو قال انت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شيء ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يصح ومنها لو ماتت قبل العدد واحدة او ثلث لم يقع شيء قوله وهذا لان الواقع في الحقيقة هو المنعوت في العدد وهو المحذوف اي طالق تطليقة واحدة او طلاقا او تطليقات ثلثا كما قرره في اول الباب اما على الانشاء فلا وقد رجع المصنف الى طريقة الانشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة انت طالق امس وقد تزوجها اول من امس فارجع اليه فالوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد عند ذكره لا الوصف **قوله** ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له وهو موته وموتها لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت احدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره او المعنى على تعليقه بالموت وان كانت حقيقة مع للقران الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار تعلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل **قوله** واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها اي سهما بان كان تزوج امة لغيره ثم اشتراها جميعها او سهما منها او وهبها او ورثها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه بان تزوجت حرة عبد الغير ثم اشترته جميعه او سهما منه او وهبه لها او ورثته وقعت الفرقة بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح اما في ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيهما وقد تقدم تقريره في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه واما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة لحاجة ابقاء النسل فكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكة للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الاقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها واما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه شبهة احتياطا

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

منه بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح قوله ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه كما في ملك البعض ولا من كل وجه كما في ملك الكل وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع لانه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما اذا اعتقها اما اذا لم يعتقها حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هناك عليها يعني منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجها اياه كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل بنقله في الكافي وقال لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من مائه نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هناك ايضا قائمة غير انها لا تظهر في حقه وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المرأة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فاحتجنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا تثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يعينه بما اذا ملكته بل اجراه في الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهي ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول ابي يوسف الآخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم اعتقها وطلقها وهي في العدة لا يقع طلاقه الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعني فاعتقته فحكى الخلاف في الصورتين وان اي الزوج لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق اذ هو سبب حقيقة بالاعتاق او العتق لان اللفظ اعني العتق ينتظمهما اي ينتظم الاعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها اثر له ومعنى الانتظام هنا صحة ارادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمجازي في اطلاق واحد والاعتاق معنى مجازي للعتق هو فيه اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله في لفظ اياك على اعتبار ارادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر او على اعتبار اعمال اسم المصدر كاعجبني كلامك زيدا اما على التجوز الآخر وهو ان يراد العتق الذي هو اثر فمشكل لانه قاصر وانما يعمل في المفعول المتعدي وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثاني هو ان لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين والعجب مما ذكر في جوابه من قوله من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه و اين هذا من صحة الاعمال وايضا كان الوجه ان يقول المص بالاعتاق والعتق بالواو لا باو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للتاخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقيق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كان حقيقة خلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو اناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود ومن حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق او العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للعتق المتاخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتاخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق

ولو قال إذا جاء غدٌ فأنتِ طالقٌ ثنتين وقال المولى إذا جاء غدٌ فأنتِ حرةٌ فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتقَ وإنما ينعقد المعلق سبباً عند الشرط والعتقُ يقارن الإعتاقَ لأنه علته أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورةً فتطلق بعد العتق فصار كالمسألة الأولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما أنه علق التطليق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة بخلاف المسألة الأولى لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان

فالظاهر هذا التقرير المصنف رحمه الله وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الإعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه أنه قرن الطلاق بالإعتاق فيكون مقروناً بالعتق وهو سلب الرق ووجود أحد الضدين يستلزم زوال الضد الآخر ولا يبتنى زواله على وجود الآخر إذ لا يصح أن يقال وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لأنه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا يوجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهذا يبتنى على أحد القولين في أن المعلول مع العلة في الخارج أو يتعقبها بلا فصل وعلى أن حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود وبعد تقرره وعدم خروجه مع عدم المقارنة وأطبق العقلاء على أن الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت أن المبنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه إذ ليس مع علة ليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تحل عنده وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول وأورد على هذا لو قال لأجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التقدير المذكور مع أنه لا يقع إذا تزوجها وأجيب بأنه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وإنما يملك اليمين فإذا لزم بذكر حرف أعني أن ونحوه فإن قال إن تزوجتك فأنت طالق مع ضرورة صحة اليمين ومرجع هذا إلى أنه إنما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده ولقائل أن يقول الدليل إنما قام على ملكه اليمين المضافة إلى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيف ما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فإنه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه **قوله** ولو قال أي لامرأته الأمة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال لها المولى إذا جاء غد فأنت حرة في الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمن بل على رواية الشيخ أبي حفص ووجه هذه الرواية أن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق إنما ينعقد سبباً عند الشرط والعتق يقارن الإعتاق لأن علته أصله الاستطاعة مع الفعل الذي يقام بها يقترنان في الخارج فيكون التطليق الذي هو السبب مقارناً للعتق المقارن للإعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسألة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة فكذا الطلاق والطلقتان يحرمان الأمة حرمة غليظة بخلاف المسألة الأولى فإنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة ثم رد المصنف رحمه الله قول محمد رحمه الله بقوله ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان أي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي أمة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير محمد من جعل العتق شرطاً على ما يعطيه قوله والمعلق إنما ينعقد سبباً عند الشرط يعني ولا ينعقد التطليق سبباً إلا عند وجود العتق المقارن للإعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الإعتاق فإن كانت العلة مع المعلول يلزم أن عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والإعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسب ما ينزل العتق وهي أمة فتحرم حرمة غليظة وإذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر أحدها أنه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسألة لكون الإعتاق مندوباً فيعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متأخراً نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتأخر فيه إلى القبض للحظر وتوضيحه أنه ينزل عند وجود الغد التطليق والإعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه في التبيين علم أن العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهب

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر

طائفة الى ان المعلول يعقبها بالفصل والجمهور على انهما معا في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فامكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقدمها والا يبقى الفعل بلا قدرة والذي يختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير انه لسرعة اعقابه مع قلة الزمن الى الغاية اذ كان آنيا لم يقع تمييز التقدم والتاخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التاثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلابد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن مؤثرا والله اعلم وثانيها ان المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوج ارسلا عند العتق وقوع الاجزية وانت حرة او جزء من انت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بها وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت ثنتين . بتنزول الحرية فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ولان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعليق بشرط واحد يقتضي ان يصادفا على الحالة التي صادفهما عليها الشرط وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التلفظ من الزمان بل مجرد تنزله ينزل في اول ان يعقبه لانه تنزيل حكم فبطل ما قبلهما ورفع الاثر في البيع لعاقد لما انه هو مطلوب شرعا الى غاية تناسب الصلاحية بمعنى القبض الذي هو غاية العقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر اما ما نحن فيه فلو امكن بعد وجود الشرط غاية تناسب اعتباره لحرمة ثبوته اليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة في تأخيره لان هو محل الاحتياط فبطل الاول

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه **قوله** قال من لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والمسبابة والوسطى فهي ثلث طعن على محمد في لفظ السبابة اذ الاسم الشرعي المسبحة واجيب بان في بعض النسخ المسباحة وبانه ورد ايضا في رواية ابن عباس رض في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم ادخل السباحتين في اذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبان الاعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا اضعف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس رض بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والا فقيل كون الاسم الشرعي المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامي ابن عباس رض عنه فالاولى اعتبار تلك النسخ وهو نسبته غيرها الى التصحيف وان كانت هي ايضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح وما سباح فانما هو من سبح في الماء سباحة ثم شرع في الوجه فقال لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم يعني لفظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى اما لفظا فلان هذا ليس من العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الاجزاء نحو اهكذا عرشك يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد بها في الحديث فقوله انت طالق هكذا التشبيه بالعدد المشار اليه وهو العدد المفاد كميته بالاصابع المشار اليه بذا بخلاف كذا لك فانها لم تقصد فيها معاني الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس او غيره كما في الخبر يقال للعبد يوم القيامة تذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم مميزه وليس الا تبيين الجنس لانها وضعت لقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس في استعمالا عربيا وهذا هو غلط المعنى **قوله** قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ عن ابن عمر رض انه صلى الله عليه وسلم قال انا امة امية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلثين متفق عليه وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة

ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرناه وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية

ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة فالذي تثبت بالنية منه ان يكون الاصابع الثلث منشورة فتطلق ثلثا حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه تحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل ان اشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة فقط وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المص لا يخفى في ان قوله الابهام او السبابة والوسطى ليس بقيد **قوله** ولو لم يقل هكذا يعني قال انت طالق واشار باصابعه الثلث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فيعرف ان الصواب ان يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم **قوله** واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة او الزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك واحمد لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله وهبتك على ان يثبت الملك قبل القبض وطالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من ان اسم الواحد لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق ان لا رجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا الا ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصح ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها واجيب بان عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض لطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا يكون عاملة بلا لفظ بل يبطل هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس كذلك ان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المص هناك ورد عليه ان تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب ان يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق لكن في كلام المصنف لانه اذا جعلا وصفا للمرأة تقع ثنتان وهو ما ذكره المص بقوله ولو عنى بانت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان على ان التركيب حينئذ خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو امكن ان يقال لا ايقاع بهما بائن صفة لها وطالق قرينة فاستغنى به عن النية فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو افرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان **قوله** وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيئا او نوى ثنتين والثلث بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبافحش الطلاق اخرى تقع ثنتان وانما وقع البائن لانه اي الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن موجلا بالانقضاء في الرجعي وافعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فان الفحش ما يثبت به موجلا اعني الرجعي فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه او اشره او احسنه او اكبره او اغلظه او اطوله او اعرضه او اعظمه كلها مثل افحشه وسنذكر جوابه انه لم يقع ثلث وكذا طلاق الشيطان وكذا طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن وفي

وعن محمد رح انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق في الطلاق الرجعي
فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا
قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها انت طالق
اشد الطلاق او كالالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن
لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا
التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو كالف رجل ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدها يثبت اقلهما
وعن محمد رح انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف

وفي جامع قاضيخان ليس البدعي هو السني بل اعم انه لو طلقها في الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن ابي يوسف رح في قوله انت طالق للبدعة لا يكون بائنا
الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع في الحيض كما يكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال اقبح الطلاق فعند ابي يوسف رح هي لاحتمال
القبح الشرعي والطبيعي بان يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكره كانه الطهر الخالي عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية او يراد
وقت تتعلق نفرة الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد رح يأتي حاله على المنفي عنه **قوله** وعن محمد انه قال اذا انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان
يكون رجعيا لما ذكرنا في وجه الرواية عن ابي يوسف رح **قوله** وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم ويحصل باثبات زيادة
الوصف البينونة وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحده يعني يمكن ذلك
فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذي هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد في الثقل والعظم فيثبت المشتهر قضية للفظ وتتوقف
الواحدة على النية فيما بينه وبين الله تعالى اما القاضي فلا يصدقه فيها **قوله** ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالالف او ملء البيت فهي واحدة
بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول وهو قوله اشد الطلاق فلانه وصفه بالشدة فان قيل بل بالاشدية فيجب وقوع الثلث وكذا كل ما كان مثله
مثل اقبح الطلاق اجيب بان افعل يراد به ايضا الوصف كقولهم الاشج والناقص اعدلا بني مروان اي عادلاهم فلا يحمل على الثلث بالاحتمال الخفي
ان الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن في الجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهر الارادة الثلث
فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلث على النية ثم قوله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر فان المعنى طالق طلاقا هو اشد الطلاق
وان الاصل ان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه فكان اشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق واما الثاني وهو قوله كالالف فقد يراد به التشبيه
في القوة كما يقال زيد كالف رجل اي باسه وقوته كباسهم وقوتهم وقد يراد التشبيه في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد الالف وعدد
الالف فيه يقع ثلثا اتفاقا وقد يراد التشبيه في القوة فتصح نية كل من الامرين وعند فقدها يثبت اقلهما وعند محمد رح يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه
العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد الالف ومعلوم ان التشبيه بالعدد وليس له معنى في خصوص الكمية والا فقال انت طالق الفا اذ لا معنى لقوله
الف لتشبيه بهذا الالف فانه يستقيم في الكثرة اي طالق عددا كثيرا كثرة الالف والكثرة التي تشبه كثرة الالف ما يقاربها فلا بد ان يزيد على
اثنين فيقع الثلث قلنا كون التشبيه به في القوة اشهر فلا يقع الآخر الا بالنية بخلاف كعدد الالف وعلى هذا الخلاف مثل الف ولو قال واحدة
كالف فهي واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد له فقال طالق كعدد الشمس او التراب ومثله فعند ابي يوسف رح رجعية واختاره امام الحرمين
من الشافعية لان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب وعند محمد رح يقع الثلث وهو قول الشافعي واحمد لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة
وفي قياس قول ابي حنيفة رح واحدة بائنة لان التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر ولو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد رح وعنه
في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلث والفرق له بين هذا وبين قوله كالالف ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه للكثرة بخلاف النجوم
فيحتمل التشبيه في التنوير ولو قال كثلث فهي واحدة بائنة عند ابي يوسف رح وثلث عند محمد كما لو قال كعدد ثلث وهذا ضعيف لانه تشبيه العدد بالعدد في
خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه فتفطن وفي كافي الحاكم لو قال انت طالق اكثر الطلاق فهو ثلث لا يدين فيها ولو قال نويت واحدة انتهى ولو اضافه الى عدد معلوم النفي
كعدد شعر بطن كفي او مجهول النفي والاثبات كعدد شعر ابليس او نحوه يقع واحدة او من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بأن حلق كعدد شعر ساقي او ساعدي

وكذا الثالث ملء البيت لأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الأقل ثم الأصل عند أبي حنيفة رح أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما مر أن التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند أبي يوسف رح إن ذكر العظم يكون بائنا وإلا فلا أي شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا وإلا فهو رجعي وقيل محمد مع أبي حنيفة رح وقيل مع أبي يوسف رح وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض وعن أبي يوسف رح أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول وإذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة

وعند عدمها يقع بعدم الشرط **قوله** وكذا الثالث هو قوله ملء البيت فإن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل لأنه هو المتيقن **قوله** ثم الأصل إلى آخره أي وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك أو على أني بالخيار وإن كان يوصف به فإما أن لا ينبئ عن زيادة في أثره كقوله أحسن الطلاق أو أجمله أو أعدله أو خيره أو أكمله أو أتمه أو أفضله فيقع به رجعيا ويكون طالقا للسنة في وقت السنة وإن نوى الثلث صحت في مختصر الطحاوي لو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقا ثلاثة لك حسنا ما تقضيا كانت حائضا أو لم تكن والتطليقة للسنة قال وقال أصحاب الإملاء عن أبي يوسف رح أنها طالق تطليقة للسنة كما لو قال أنت طالق أحسن الطلاق أو ينبئ كأشده وأطوله فيقع بائنا وأما التشبيه فكلهم على أنه بائن عند أبي حنيفة رح أي شيء كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند أبي يوسف رح إن ذكر التعظيم فكذلك وإلا فرجعي أي شيء كان المشبه به ولو كان عظيما لأن التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتعظيم للزيادة لا محالة وعند زفر رح إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن وإلا فرجعي ذكر العظم أو لا وبيان الأصول في مثل رأس إبرة عند أبي حنيفة رح بائن وعند أبي يوسف رجعي إلا أن يقول كعظم رأس إبرة فهو بائن وعند زفر رح رجعية وفي كالجبل بائن عند أبي حنيفة رح وعند زفر رح رجعي عند أبي يوسف رح إلا أن يقول كعظم الجبل ولو قال مثل عظم الجبل فهو بائن عند الكل وقول محمد قيل مع أبي حنيفة رح وقيل مع أبي يوسف رح أكمله عند عدم النية أما لو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لأن الواقع بها بائن والبينونة تتنوع إلى غليظة وخفيفة وفي شرح الكنز كالثلج بائن عند أبي حنيفة رح وعنده إن أراد بياضه فرجعي وإن أراد برده فبائن انتهى وهذا يقتضي أن أبا يوسف رح لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا البعيد كل البعد أنه يقع بائن عند أبي حنيفة رح ولو قال أنت طالق كألف أو لك الطلاق كالسنة أو كأحسنه فهو رجعي انتهى **قوله** ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض فهو أيضا البائن وعن أبي يوسف رح أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو وفي الكافي للحاكم لو قال أنت طالق طول كذا وكذا وعرض كذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلثا وإن نوى لأن الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكأنه قال أنت واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلث **قوله** ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة إلخ أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه وطلاق الشيطان أو البدعة وأشده كالألف وملء البيت ومثل رأس إبرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنها كلها بوائن والبينونة تتنوع إلى خفيفة وغليظة وكذا ذكره الصدر الشهيد وقال العتابي الصحيح أنه لا تصح نية الثلث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنه نص على التطليقة فإنها تتناول الواحدة والنسبة إلى شمس الأئمة ورجح بأن النية إنما تعمل في المحتمل وتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلث

فصل في الطلاق قبل الدخول لما فرغ من بيان الطلاق بعد الدخول شرع في الطلاق قبل الدخول لأن الطلاق بعد الدخول هو الأصل لأن الأصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض **قوله** وإذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا أي تطليقا ثلثا على ما بيناه في الفصل الذي في باب إيقاع الطلاق أن الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق ثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقا أثره وبه صرح قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد أنه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق فلا يؤثر العدد شيئا ونص محمد رح قال إذا طلق الرجل امرأته ثلثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وإن دخل بها أو لم يدخل بها سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله

فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فبانت بالاولى فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضت ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فتقع ثنتان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة او مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان وفي قوله مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكنى عنه

عليهم التعيين ولا ينافي قول الانشاء ان يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع لكونه وصف المحذوف اما لو قال اوقعت عليك ثلث تطليقات فانه يقع الثلث عند الكل **قوله** وان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك كقوله انت طالق طالق طالق لانه ليس في آخر الكلام ما يغير اوله ليتوقف ولذا لم يقع بطالق الاول شئ فان قيل لو قال بالواو طالق وطالق او طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع ان الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق اذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلثا وحكمها مختلف لان في التفريق تبين بواحدة فينبغي ان يتوقف الصدر فيقع الثلث كما قال مالك واحمد قلنا الجمع الذي ينافي التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المصير له كلفظ ثلثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل اعم من كونه على المعية وعلى تقدم المتعاطفات بما في تعلق معنى العامل به وتاخره وكل من الجمع بمعنى المعية وبمعنى الجمع المبني ترتب المتعاطفات على الترتيب اللفظي وعكسه افراده ولا دلالة للاعم على الاخص ليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن حكمها بالضرورة وذكر منير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية لان الحكم يتوقف الصدر يتوقف على الحكم بانها في التركيب للمعية واذا علمت انها ليست الا للقدر المشترك لم يجب اعتبار الفرد الذي هو المعية بعينه ليس هو باولى من اعتبار الفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل فبعدم اعتبار المعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف في ذلك على اعتبار الترتيب فاندفع ما قيل انه لم يلزم من عدم اعتبار المعية لزوم اعتبار الترتيب واما وقوع الثلث على غير المدخول بها اذا قال انت طالق احدى عشرة ووقوع الثنتين في قوله انت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب ايجاب واو المعية بل لانه اخصر لفظ به اذا اراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار في التعبير لغة وان لم يكن مختارا في احدى وعشرين شرعا الا ان الشرع لم ينف حكما اذا تكلم به وذكر شمس الائمة في المسئلتين خلاف زفر فلا يقع عنده الا واحدة لوجود العطف فسبق وقوع الاولى اما لو قال انت طالق احد عشر فانه يقع الثلث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلث عليها اذا قال انت طالق ثلث ان شئت فقال شئت واحدة وواحدة وواحدة لان تمام الشرط باخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعلم ان شمس الائمة حكى عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله خلافا في نحو طالق طالق وطالق ان عند ابي يوسف تبين قبل ان يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد بعد فراغه منه لجواز ان يلحق بكلامه شرطا او استثناء وصحح في اصوله قول ابي يوسف رحمه الله ولم يقع الطلاق لفوت المحل فلو توقف وقوع الاول على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلث حال التكلم بها ولا يخفى ان المنظر الى تعليل محمد وتجويزان الحجة صغيرة يفيدان المراد تاخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاه انما لو اذا الحق تبين عدم الوقوع واذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالاول وهذا لا ينفيه ابو يوسف فلا خلاف في المعنى بينهما **قوله** وهذه اي المسائل الثلث تجانس ما قبلها من حيث المعنى وهو فوات المحل عند الايقاع فلا يقع شئ غير ان فواته في هذه بالموت فلا يقع شئ كما لو قال انت طالق انشاء الله وماتت قبل ان يقول انشاء الله لا يقع عليها شئ وفيما قبلها بالطلاق فيقع الاول دون ما بعده **قوله** لو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين وادخل بينهما ظرفا فان قرنها بهاء الكناية اي اضيفت كلمة الظرف الى ضمير الاول كان صفة للمذكور آخرا كجاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها بل اضيفت الى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للاول بالضرورة ولا نتاج خبر عنه اما اذا قرن بها فيقع عمرو المتاخر الابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدا فصح القبلية في واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتطلق بواحدة تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ اعني المضاف اليها لفظة قبل فلا يلحقها الثانية وفي قبلها واحدة صفة للاخيرة لانها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة في محل

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة
وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت
الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثنتين او اخر الشرط وله
ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة
فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

بمضمونها واحدة الاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بقبلية اخرى لها ولا يقدر عليه اذا لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الموقعة بحكم ان الايقاع في
الماضي ايقاع في الحال فيقترنان فيقعان واذا كان الظرف لفظة بعد فمعنى واحدة قبلها واحدة يكون صفة الاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بالقبلية لاخرى
وهو معنى قبلية اخرى لها وله القدرة على تقديم ما لم يسبق الوجود على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان وفي واحدة بعدها
واحدة اوقع واحدة موصوفة ببعدية اخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها واما اذا قال واحدة معها واحدة او مع واحدة
فلا فرق في الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثاني تحقيقا للمعنى وعن ابي يوسف في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعي
سبق المكني عنه لفظا وقد وجد وهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد يسبق لفظا غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق بالحكم
الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عني سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما رجل علق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان
وصوره ثمان لانه اما ان يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل او جميعه بلفظ بعد او جمع بينهما ففي الجمع كالبيت يلغي قبل بعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع في
شوال وفي نحو ثلث صور اخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان تخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه او لا تخلل
بل يكون المذكور محض قبل نحو شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان تخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه
انه يلغي بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع في شعبان وان لا تخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جمادى الآخر
قوله وفي المدخول بها يعني ان ما ذكرنا من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها اما في
المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها اي في قبل واحدة وقبلها وبعد واحدة وبعدها واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي
وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فالنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم خللوا اصابعكم
قبل ان تتخللها نار جهنم واجيب بان اللفظ اشهر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر
واجب ما امكن **قوله** ولو قال لها اي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ثنتان ولو قدم الجزاء فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق اي الجمع
للمتعاطفات فيما قبلها وما بعدها في الحكم سواء فكان حاصلا كجاء زيد وعمرو لا كزيد وعمرو وبكر جاء واما مطلقا اي بلا قيد معية وترتيب بل اعم من ذلك
يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق
ثنتين وكما اذا آخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التعريف العقلي بالاثر لانه في حال التكلم متعلق الطلاق لا في حال التعليق تنجيزا بخلاف قوله لغير المدخول
بها انت طالق واحدة وواحدة لانه في حال الايقاع ولا موجب للتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم تنزل كذلك فيقع الكل ولو سلم
التعاقب في التعلق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل الايمان تخللها ازمنة كما لو قال ان دخلت فانت طالق ثم بعد زمان
قال ان دخلت فانت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن بعين **قوله** لان الجمع
المطلق الذي هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال لخاص ان يراد من حيث هو في ضمن القران والترتيب لانه لا يراد في الاستعمال الا
بالامر الاعم من حيث هو في ضمن بعض اخصائه على الاعتبار الثاني وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلث بالواو لغير المدخول بها

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل فتعين لاحد الامرين ونزول الطلاق عند
الشرط لا بد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثاني بواسطته
والثالث بواسطتهما فتنزل على الوجه الذي وقع عليه التعليق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثاني بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كل جملة
مستقلة فتتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس شيء منها بواسطة شيء فتنزل جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا قدم الجزاء لان تأخر الشرط موجب لتوقف
الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فتنزل دفعة ونقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثنتان ولو نجز
بهذا اللفظ وقع واحدة واجيب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني بدل الاول ولا يمكن في الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثاني
لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كانه اعاد الشرط والتعليق ثنتين وجملتين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز
لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولهما ارجح قوله تعلق بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه
الى الشرط وان اريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة
لنزوله اذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعليق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثاني باي سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط
وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقريرهما المصرح اقرب ويرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بانه لا شك في تعلق الكل
سواء كان بطريق المعية او الترتيب فيجب ان تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه
ان وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى وبعدها اخرى فلا يقع متأخر الا بعد وقوع المتقدم
فصار الدخول شرط كل متأخر بخلاف الترتيب الذي اتفق في الايمان فانه ليس الشرط في الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام
شرط كل معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وانت علي كظهر امي ووالله لا اقربك فدخلت
فطلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا يبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما يصح الكل فيطلق ويصير مظاهرا ومولياً ولو قال للاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانت علي كظهر امي
ووالله لا اقربك اربعة اشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله لا اقربك وانت علي كظهر امي وانت طالق فتزوجها وقع الكل عند الكل اما عندهما فلا اشكال
واما عنده فلسبق الايلاء ثم الظهار بعده محل الطلاق فيطلق **قوله** ولو عطف بحرف الفاء فقال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق فطالق فطالق
فدخلت فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما وذكر
الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ولا وقوع قبل
مجموع الشرط فتقع الثانية بعدها وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لابي حنيفة رحمه الله وهذا لانه يصير المعنى
ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى ولو عطف بثم واخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان
وتتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكانه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف فيتعلق هكذا هنا واذا وقع
الاول بقيت محلا فيقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط
فقال ان دخلت فانت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخولة بها تعلق الاول ووقعت الثانية والثالثة فاذا لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني في الحال ولغا الثالث

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث

والوجه بعد معرفة الاصل ظاهر ومنه ما لو علق الكل بالشرط قدمه او اخره الا ان عند وجود الشرط يقع الثلث ان كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه او اخره فاثر التراخي يظهر عنده في التعليق كانه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف اصلا بان قال ان دخلت فانت طالق واحدة واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما علق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه **قوله** واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما ذكر احكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام وما كان ادخل و اظهر افهاما كان اصلا بالنسبة لما لا وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه وانما لم يعرف المص الكناية كما عرف الصريح بل ابتداء فقال وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية الى آخره لاشتهار انها ضد الصريح وحين عرفه علم ان الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع انه يوخذ رسمها من تعليله حيث قال لانها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم ان يستفسر عن مقصوده به اما اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فانها تحكم بارادة مقتضاها شرعا كما في البيع بالدراهم المطلقة ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا اذا اطلق نية الحج ينصرف الى الحج الفرض والحاصل ان النية باطنة والحال ظاهر في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في انكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء واما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق وسيجيء اذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المص لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع اما في نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا الا يرى ان انت طالق اذا قال اردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته فاذا كان مؤاه **قوله** لانها غير موضوعة للطلاق بل موضوعة لما هو اعم من حكمه ومنه والاعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا من صدقاته ولا يتعين احدها الا بمعين والمعين في نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضي دلالة الحال فان لم يكن فدعواه ما اراد وانما قلنا اعم من حكمه ولم نقل اعم منه لما سنذكر من انها لم يرد بها سوى الثلث الرجعية الطلاق اصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح فعلى هذا فقول المص بل تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها ونشير الى انه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب ان المراد تحتمله متعلقا معناها او واقعا عنده فتدخل الثلث الرجعية **قوله** وهي اي الكنايات على ضربين هذا التقسيم للكنايات وهي تنقسم اولا بحسب ما هي كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المص هو القسمة الثانية اما الاولى فتنقسم الى ما هو كناية عن حكم الطلاق والى ما هو عن تفويضه اثنان في لفظين اختاري وامرك بيدك لا يدخل في يدها الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ما سوى الالفاظ الثلثة وستذكر فيه والى ما يقع به الرجعي وهي الالفاظ الثلث اعتدي استبرئي رحمك وانت واحدة ثم لا يقع بها الا واحدة اما الاولى اي كون الاولى وهي كلمة اعتدي كناية فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين ويقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قال بعد الدخول اما قبله فهو مجاز من كونها طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد ان شرطه اختصاص المسبب بالسبب وهذه لا تختص بالطلاق لثبوتها في ام الولد اذا اعتقت ويجاب بان ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو غير واقع سؤال عدم الاختصاص والله اعلم انه كما يجب كونها مجازا من كونها طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في غير المدخول بها اذا كانت آئسة او صغيرة وما في النوادر من ان وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة يعني انه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها

ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة

وما قيل والقياس ان يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس مع الاستحسان لان علية البينونة التي في غير الثلثة منتفية فيها فلا يتجه. القياس اصلا فنعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي اعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل تعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد واما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئي لاني طلقتك او لا طلقك يعني اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ولا يخفى انها ايضا قبل الدخول مجاز عن كوني طالقا كاعتدي وكذا في الآئسة والصغيرة بعد الدخول بما ذكرناه واما الثالثة وهي انت واحدة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكانه قال مع ذا نواه مع الوصف المذكور فكانه قال فتصور ان مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو انت واحدة عندي او في قومك مدحا او غيره فتعذر ان الطلاق في هذه الالفاظ مقتضى اما في اعتدي واستبرئي رحمك فلانه يقع شرعا بعدها ثوبا مقتضاه ومضمر في واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا كان مضمرا فانه اضعف منه اولى ان لا يقع الا واحدة وفي واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلث لانها صفة للمصدر المفرد فيما ابداه فلا يتجاوز الواحدة واعترض بعضهم على قوله يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف اي تطليقة واحدة فان فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل ان يراد به منفردة على الزوج مما لانه لا يرفع ختما لما ذكرنا والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر فقال كانت طلاق والطلاق عزيمة الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذهبن فانتن الطلاق او طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ انت منفردة عن الزوج فكان احتمال انت واحدة للمصدر اظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا من تعيين الثاني قوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ هو الصحيح احترازا عما قال بعضهم ان رفع الواحدة لا يقع شيء وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها نعت للمصدر اي انت طالق تطليقة واحدة فقد اوقع بالصريح وان سكن يحتاج الى النية ووجه الصحيح ان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز بكونه نعتا لطالقة اي انت طالقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر اي انت منكرة كلمة واحدة وبهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الاعراب بل تكلمهم بما متعم والعرف لغتهم ولذا ترى اهل العلم في مجاري كلامهم لا يقيمونه. قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى الثلث كانت ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة في هذا الاطلاق نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلث فقد ذكر في انا بريء من طلاقك يقع رجعي اذا نوى بخلاف ما اذا قال برئت من طلاقك قاله ابن سلام وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك اذا نوى الاصح يقع رجعيا والاوجه عندي ان يقع بائنا لان حقيقة تبرئته منه يستلزم عجزه عن الايقاع وهو البينونة بانقضاء العدة او الثلث او عدم الايقاع اصلا وبذلك صار كناية فاذا اراد الاول وقع وصرف الى احدى البينونتين وهي التي دون الثلث وكذا في الطلاق عليك يقع بالنية ومحي منك طلاقك اذا نوى يقع رجعيا وكذا اذا قال في بيتك طلاقك اذا قالت اشتريت مني نفسي بدل ثم في البتة اذا لم تكن نيته تطلق في القضاء ولو قال نويت ان يكون في يدها لا يصدق واما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي زوجته هذا اذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لي طلاقي تريد اعرض عنه فقال وهبت لا يقع وان نوى لانه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع اذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب واخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو ادرى بنفسه ونيته ويقع رجعيا في خذي طلاقك واقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك او قضاه او شئت يقع اذا نوى

وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه وقال بعضهم سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا او يصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري

رجعي وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك بوصل الهمزة وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة واعتقتك مثل انت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي بالعين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة وبالزاي المعجمة واخرجي اذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره وتقرير المحتملات غير خاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من اشياء وهي هيئة الناقة اذا اريد اطلاقها للرعي وهي ذات رسن فالقي الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كيلا تتعقل به اذا كان مطروحا فشبه بهذه الهيئة الاطلاق انطلاق المرأة عن قيد النكاح او العمل او التصرف من البيع والاجارة والاستيجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفي وهبتك لاهلك اذا نوى يقع وان لم يقبلوها لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها في ثبوت البينونة والحقي باهلك مثله في صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك او لابنك مثله بخلاف الاجانب فلا بد من النية اي في الحكم بوقوع الطلاق الا ان يكونا في حالة مذاكرة الطلاق وهو حال سؤالها الطلاق او سؤال اجنبي فيقع في القضاء وان قال اردت غير الطلاق فلا يقع فيما بينه وبين الله الا ان ينويه ويستثنى منها اختاري لما نذكر وامرك بيدك قال المصنف سوى القدوري بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق في القضاء اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة في المبسوط والمشائخ كفخر الاسلام وغيره قالوا وهذا اي كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو فيما لا يصلح ردا اما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استانف تقسيما ضابطا فقال الاحوال ثلثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق اي التطليق ويصلح ردا وما يصلح جوابا وشتما ففي حالة الرضا يصدق بالكل اذا قال لم ارد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه وفي حال المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لا ردا كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدي استبرئي رحمك اختاري امرك بيدك ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجي اذهبي اخلعي تقول العرب افلح عني اي اذهب اعزبي قومي تقنعي ومرادفهما كاستتري وتخمري ومعنى الرد في هذه اي اشتغلي بالتقنع الذي هو انفع لك من القناع وكذا الخمار ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وشتيمة لا ردا كخلية برية بتة بتلة حرام وما يجري مجراها اذ تحتمل خلية عن الخير برية عن العيب منه بتة بتلة اي مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدي اختاري امرك بيدك استبرئي وعرف ما قدمنا ان اختاري امرك بيدك لا يقع بهما الطلاق الا بتطليقها بعده وانما هما كنايتان من التفويض حتى لا يدخل الامر في يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم في الاحوال الى قسمين حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سؤالها الطلاق الا في احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقرير ان في حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل انه لم يرد الطلاق وفي حالة الرضا المسئول فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا [illegible] وفي حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا او ردا انه لم يرد الا السب او الرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفي حالة الغضب المسئول فيها الطلاق يصدق في عدم تصديقه في المتمحض جوابا بسببين المذاكرة والغضب وكذا في قبول قوله فيما يصلح ردا الا ان كلا من المذاكرة والغضب يستقل باثبات قبول قوله في دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب يغير الغضب باثباته فلا يتغير الاحكام بخلافه ولى ان يعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة قوله وعن ابي يوسف الخ الحق ابو يوسف بالتي تحتمل السب الفاظا اخرى وهي لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك خرجت

لكن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد أو السب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق وعن أبي يوسف رح في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

اربعة ألفاظ ذكرها الولوالجي وذكرها العتابي خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقي بأهلك حبلك على غاربك وفي الإيضاح وفي شرح الجامع الصغير لشمس الأئمة ذكر خمسة هي هذه إلا أنه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتمت ستة ألفاظ ووجه احتمالها السب أن لا ملك لي يعني أنت أقل من أن تنسبي إلي بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي بأهلك كذلك وحبلك على غاربك أي أنت مسيبة لا يشتغل أحد بها ويك أو لا طاقة لأحد بمجاورتك وفي رواية جامع فخر الإسلام والفوائد الظهيرية أن أبا يوسف ألحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة وهي اعتدي اختاري أمرك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال أبو حنيفة لا سبيل عليك تقنعي استبرئي اغربي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين في الغضب لأن هذه الألفاظ تذكر للإبعاد وحالة الغضب يبعد الإنسان الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لأنه لا سبيل لي عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي ولا رواية في أعرتك طلاقك ظاهرة وعن أبي يوسف يقع خلافاً لمحمد وفي النوازل عن أبي حنيفة رح يصير الطلاق في يدها لأنه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق أنشأت كما كان للزوج ولو قال طلاقك علي لا يقع أصلاً وروى الحسن عن أبي حنيفة رح لو قال بعتك لأبيك أو لابنك أو للأزواج فهو طلاق لأن المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لأخيك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الأجنبي ونحوه لم يكن طلاقاً وإن نوى لأنها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فبيعي ثوبك فلا يقع عند أبي يوسف رح خلافاً لزفر رح لأن اذهبي يحتمل فيه للطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولأبي يوسف رح أن معناه عادة لأجل البيع فكان صيغة خلاف المنوي من الكنايات تنحي عني فاختلف في لم يبق بيني وبينك عمل قيل يقع إذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شيء وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع إلا بالنية إلا أن يقول خذي أيها شئت ثم عن محمد رح في رواية أسد يقع ثلث وقال ابن سلام أخاف أن يقع ثلاث لمعا في كلام الناس كأنه يريد أن مراد الناس بمثله اسلكي الطرق الأربعة وإلا فاللفظ إنما يدل على الأمر بسلوك أحدها والأوجه أن يقال يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتأخرون في وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في بحلك طلاقك وإن نوى أو عفوت عنه ولا أحببت طلاقك أو رضيته أو هويته أو أردته وإن نوى وأما طال بلا قاف فطالق بعضهم أوقع وفصل بعضهم فقال مع إسكان اللام يحتاج إلى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه إطلاق التوقف على النية مطلقاً لأنه بلا قاف ليس صريحاً لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفاً فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق أما في حال فيقع قضاء إسكنها أو لا وفيه أيضاً النظر المذكور لأنه الإيقاع باللفظ له ولا لأعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه فهذا البحث يوجب أن لا يقع به أصلاً وإن نوى ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كانت طا لا ق لأنه ليس طلاق ولا كناية لأن موضوعها يحتمل أشياء وأوضاع هذه المسميات هي حروف وكذا لو قرأ آية السجدة تهجياً لا يجب السجدة لأنه ليس قرآناً ولا مخلص إلا بعد اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالاً عليه وضعاً أو عرفاً ومع يقع بالتهجي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا إطلاق بل قاف وفي قوله لا أخرجن إليها طلاقها أو خبرها به أو بشرها تطلق في الحال لأن الحمل لا يتحقق قبل الحصول ومنها أنت علي كالميتة أو الخمر أو لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد إذا قال لامرأته هذه عمتي أو خالتي أو محرم من الرضاع وثبت عليه بأن سئل عن ذلك فأصر عليه فرق بينهما ولو قال كذبت أو غلطت أو وهمت أو نسيت يصدق ولا يفرق استحساناً والقياس أن يفرق مطلقاً ولا يصدق لأنه أقر بالتحريم وجه الاستحسان أن هذا إيجاب تحريم فلا يقع إلا بالدوام عليه ولو قال لها هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لأن الظاهر يكذبه وكذا في هي أمي ولها أم معروفة وإن لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي أختي واختلف في لست لي بامرأة وما أنا لك بزوج فنوى الطلاق

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها

يقع عند ابي حنيفة رح وقالا لا لان نفي النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم اتزوجك او والله ما انت لي بامرأة او سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمل اي لست لي بامرأة لاني طلقتك فيصح نيته كما في لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين انه اراد النفي عن الماضي لا في الحال لان الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء النفي في الحال وقوله لم اتزوجك جحود ولا يحتمل الانشاء لان الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه اراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب المنافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها يقع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست او ما انت امرأتي او لست انا زوجك عنده يقع بالنية والنية **ويتصل بالكنايات** الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به او لم ينو وكذا اذا كتب على لوح او حائط او ارض او في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حرف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكناية لكنه لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب لتجربة الخط فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان اخرس يبين نيته بكتابته هذا اذا لم يكن خطابا او رسالة فلو كان على رسم كتب الرسالة بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق او انت حرة او اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال انت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل ان يكتب امرأته طالق او فلانة بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فانت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وانفذه وسطره باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وانفذه فوصل اليها لا يقع فمبني على ان الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا يكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محى اكثر ما قبله فارسله لا يقع ابعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر اكثر الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم انكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها اما بعد انت طالق ان شاء الله ان كان موصولا بكتابته لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله تطلق يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة وفيها معزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر او امر غيره ان يكتب ولم يمل هو فاتاها الكتابان طلقت طلقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل احدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب واما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتين قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكل ما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف منه ذلك بان يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك او شككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المصنف احكام الاخرس من هذه في آخر الكتاب **قوله ثم وقوع البائن** بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى اريد هو بها ليدفع بان كونها كنايات مجاز بل هو ايل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على ان الواقع طلاق والبائن بالنص فان قيل النص انما افاد الرجعة بالطلاق

والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الصريح مثناه ولان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن احق بردهن اعم من الطلاق الصريح وغيره ولان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها اعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا يذهب ماله ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال وثلث واستدل المصنف بقوله قلنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا اثبتها بقوله لحاجة ماسة الى اثبات الابانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بان المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا للحاجة لانه لو ابانها بالثلث عصى ولو طلقها رجعيا ربما يرى المصلحة في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدي الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه سد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له امكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه في العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم ان يشرع له الابانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كيلا يقع في الرجعة بغير قصد منه بان تمس المراة فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريدها فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كيلا تفوت هذه المصلحة ودفع بان هذه مصلحة ثبوت التمكن من اعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رايه مع ان الانسان محل التغير مصلحة اخرى كيدة واذ كثيرا ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة اكثر من وقوع طلاق لم ترجع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب الا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة بيسير من الاحتراس من نحاستها مقبلة ونحوه فكان عدم شرع الابانة اجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان اردت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء ايضا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه لم يلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المراة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم بتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة او تفريق الثلث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة واذا رجعنا كراهة الواحدة البائنة في اوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا بسبب تحقق الحاجة الى الابانة من المعاملة ولا يخفى ان المنتين اعني عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة اذا تغير رايه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة والوجه في الاستدلال ان يقال لما ثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد ثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان اي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه ايضا للفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بقوم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وايضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم مرادا فخاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد خرج منه ذلك حين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة فيثبت ايضا الخراج الواحدة البائنة بلا مال لا يعقب الرجعة لان شرع الايقاع بها جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلث شرعا به تحليف صلى الله عليه وسلم ابا ركانة حين طلقها البتة انه ما اراد الا واحدة وشرع قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها لكن التردد في المراد للقطع بان معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البت البتل القطع والتردد وانما هو في متعلقها اعني الوصلة وهي اعم من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية على حقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه او الى

ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافاً لزفر رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقاً وبالباقي حيضاً دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهداً له وان قال لم انو بالباقي شيئاً فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما اطلق عليه كناية مجازاً للتردد في ذلك المتعلق الذي يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لا يتعدد المعنى وقد يكون حقيقة فيما وقد حقق في نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل يعتبر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف والوجه ان يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازاً عن الطلاق وتحقيقه ان مشترك معنوي من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل جل كلاسن يد وعمرو وغيرهما والوجه ان يقول عوامل بحقائقها وحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو البينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة اعني التمليك فهو مجاز عن رد ذلك على ما قدمناه وقياس الباقي سهل مع هذا انظر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هي معنى اللفظ الدائر في الافراد وهي متنوعة الى غليظة وهي المحرمة على الثلث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فاسما اراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال او طالق ثلثاً وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعاً لازم اعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع بها الطلاق مع معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعاً وانتقاص عدده هو نقصه وقوع ذلك للازم واستشكاله بذلك بارسال لفظ الثلاث بل لازم وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما اسلفنا في فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل وتقريره المصنف ان الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله وينتقض به وهو بناء على انه غيره وانت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق هذا المعنى في الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لابد ان يستعقب في غير الفسخ النقصان مع الاتفاق على ان الثابت بالكنايات ليس فسخاً فلزمه نقصان العدد **قوله** ولا تصح نية الثنتين اي بالكنايات عندنا خلافاً لزفر رحمه الله وقد بيناه من قبل في باب ايقاع الطلاق في التعليق بالمصدر **قوله** ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوهاً ان ينوي بكل من هذه الالفاظ طلاقاً او بالاولى طلاقاً لا غير او بالاولى حيضاً لا غير او بالاوليين طلاقاً لا غير او بالاولى والثانية طلاقاً لا غير او بالثانية والثالثة طلاقاً فقط او بالاولى حيضاً لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلثاً او ينوي بالثانية طلاقاً لا غير او بالاولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير او بالاولى طلاقاً وبالثالثة حيضاً لا غير او بالاخريين طلاقاً لا غير او بالاوليين حيضاً لا غير او بالاولى والثالثة حيضاً لا غير او بالاولى والثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً او بالاولى والثالثة طلاقاً وبالثانية حيضاً او بالاولى والثانية حيضاً او بالثالثة طلاقاً او بالاولى والثالثة حيضاً والثانية طلاقاً او بالثانية حيضاً لا غير وفي هذه احد عشر وجهاً تطلق ثنتين او ينوي بكل منها حيضاً او بالثالثة طلاقاً لا غير او بالثالثة حيضاً لا غير او بالثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً او بالثانية والثالثة حيضاً وبالاولى طلاقاً وبالاخريين حيضاً لا غير ففي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة او لم ينو بكل منها شيئاً فلا يقع في هذا الوجه شيء والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة ثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء بما بعدها ويصدق في نية الحيض لظهور الامر باعتداد الحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق بشيء صح وكذا كل ما قبل المنوي بها ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق ويثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيما بعدها الحكم المذكور لها بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة اريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هذا فيما اذا كان المخاطب مع منهي

وفي كل موضع يصدق فيه الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

من ذوات الحيض فلو كانت آيسة او صغيرة فقال اردت بالاول طلاقا وبالباقي تربصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه. ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التأكيد كانت طالق طالق طالق لا قضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة كالقاضي لا يحل لها ان تمكنه من نفسها اذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه. وقد ظهر مما ذكرنا ان حال مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدمه من انها حال سؤالها وسؤال الاجنبي طلاقها بل هي اعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا القائل ان يقول المذاكرة التي يصير الكناية بها ظاهرة في الايقاع انما هي سؤال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع ودون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الايقاع به فيمنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الايقاع حتى لا يقبل قوله في عدم ارادته بالكناية **قوله وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية انما يصدق مع اليمين** الخ قدمنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والاقرب انه لنفي التهمة اصلا حيث تحليف ركانة المتقدم فرع طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنا صارت بائنة وقال محمد رحمه الله لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد رحمه الله في الاول ان جعل الرجعية بائنة تغيير لمشروع فيرد عليه قلنا يملك البائن لما ذكرنا قريبا لكنه لم ينص على وصفه ابتداء اكتفاء باصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا ابانها التحقت باصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكا لاصله ووصفه كمالك الطلاق ووصفه باصله كتنفيذ عقد الفضولي. واعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحقه الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع انت طالق وقع الطلاق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت الدار فانت بائن ينوي الطلاق ثم ابانها فدخلت في العدة وقع عليها الطلاق آخر عندنا خلافا لزفر رحمه الله وكون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهنا العقد الحكمي باق لبقاء احكام النكاح واثارات الاستمتاع وهو الحيض التصرف في المحل كالحيض ولهذا لحق البائن الصريح بل اولى لبقاء الاستمتاع واما وجه عدم لحوق البائن البائن فلامكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغي ان يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لان اهليته ثابتة في المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فيجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلنا لانه صح تعليقه ولم يكن جعله خبرا حين صدوره واورد عليه ان مثله لازم في انت طالق انت طالق فلزم ان لا يلحق الصريح الصريح اجيب بانه لا احتمال فيه لان انت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال اردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفي مسئلتنا لم يكن انت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذي وقع اثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرف بهذا ان الذي اطلقوا عليه ان المراد من البائن الذي لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لانه هو الذي ليس ظاهرا في الانشاء في الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح انت طالق انت طالق وانت بائن وانت بائن ولا نعم جعله مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح اعم من البائن لانه ما لا يحتاج الى نية بائنا كان او رجعيا والكناية ما يحتاج اليها فينبغي انه لا يقع بما في غير الثلاثة الالفاظ اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة الا بائن وفي الخلاصة نقلا من الزيادات الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا الا تقييد لو

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار وإذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين

لان البينونة سابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بالبائنة فما ذكر من انه اذا ابانها ثم قال لها انت طالق بائن يلغو بائن هو ما ذكر من عدم مقصود الرجعة
فكان ذكره وتركه سواء وما زاد في تعليل الالغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيحا لكلامه لا معنى له فضلا بمجرد الالغاء اقتصر في الخلاصة
وعلى ما ذكرناه على هذا فرع في جلب من الخلاف في واقعة هي ان رجلا ابان امرأته ثم طلقها ثلاثا في العدة الحق فيه انه يلحقها لما سمعت
من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما وجهناه وفي الحقائق لو قال ان فعلت كذا
فحلال الله علي حرام ثم قال كذا لامر آخر ففعل احدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغي ان يقع آخر وقال هذا ينبغي ان يحفظ
تتمة في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق
فرق بينهما لان البينة كذبتهما ولو شهدا انه طلق احدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ولو شهدا انه طلق احداهن بغير عينها الزمناه الايقاع
على احداهن استحسانا وفي القياس هو الاول ولو شهد شاهد على طلقتين والآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما تجوز على طلقتين وتاتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة واذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسئلت المرأة القاضي ان يضعها على
يد عدل حتى ياتي بالآخر لا يفعل وفيه ما الى زوجها فان كان الطلاق بائنا وادعت ان بقية الشهود بالمصر شاهدهم عدل قال اجلها ثلاثة ايام وحال بينها
وبين زوجها حتى تنظر ما يصنع في شاهدها الآخر فهو حسن ولو دفعها الزوج لا باس به ولو شهد احدهما انه طلقها ثلاثا والآخر انه قال انت علي حرام
ينوي الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد احدهما انه طلقها ان دخلت الدار وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا
في الفاظ الكنايات وكذا في مقادير الشروط الذي علق عليها في التعليق والارسال ومقادير الآجال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها واذا شهد انه
قال ان دخلت الدار فلانة فهي طالق وفلانة معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على
واحدة ولو شهد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهدا على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة
او على واحدة والآخر على واحدة وعشرين او واحدة ونصف والاصل عنده ان ما في العطف تقع في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ والمراد فيه بخلاف
البائن فلذا لا تقبل شهادة احدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لان الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحد والمراد فيه وسياتي هذا الاصل
في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهدا انه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر انه سمى الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهد انه قال طالق الطلاق
كله والآخر على انه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد انه قال طالق والآخر انه اقر بالطلاق جازت وكذا ان اختلفا
في الوقت او المكان او الزمان بان شهد انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب احدهما ولو شهدا بذلك
في يومين متفرقين بينهما من الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان انه طلق يوم النحر بالكوفة والآخران انه طلق يوم النحر
بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها واذا قال الرجل لامرأته ان اكلت هذا فهي طالق فجاءت كل بينة
انها اكلته تطلقان جميعا وان جاءت احدهما فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها وان كانت كلمتا طلقتا

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق بنفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة اصناف
التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشيئة **قوله** اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق يعني ينوي تخييرها فيه او قال لها

ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر

طلقى نفسك فلها ان تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك وان طال يوما او اكثر لم يتبدل بالاعمال فان قامت منه او اخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال ابن المنذر اختلفوا فى الرجل يخير زوجته فقالت طائفة امرها بيدها ما لم تقم من مجلسها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها وروينا هذا القول عن ابن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعثمان وابن مسعود رضى الله عنهم وفى اسانيدهم مقال وبه قال جابر بن عبد الله وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبى والنخعى ومالك وسفيان الثورى والاوزاعى والشافعى وابو ثور واصحاب الراى وفيه قول ثان وهو ان امرها بيدها فى ذلك المجلس وفى غيره وهذا قول الزهرى وقتادة وابى عبيد وابن نصر وبه نقول لان يدل على صحة قول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها لا تعجلى حتى تستامرى ابويك وحكى صاحب المغنى هذا القول عن على فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن على لم تستقر فقد روى عنه كقول الجماعة ولذا نص فى بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وجابر رضى فى الرجل يخير امرأته ان لها الخيار ما دامت فى مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم واين من نقل من التابعين القول الاول ممن نقل عنهم الثانى وقوله فى اسانيدهم مقال لا يضر بعد تلقى الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة واما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلى الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا ترى الى قوله تعالى فى الآية التى هى سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا **قوله** ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعى جوابا فى المجلس اوسده ولو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق فى ذلك المجلس لاستحالة كون الشئ مملوكا كله لاكثر من واحد فى زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وايضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقى نفسك ثم حلف ان لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد رحمه الله على انه يحنث وهو يقتضى ان تكون نائبة عنه وايضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها واجيب بان المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقه اثم على نفس الفعل ولا خلف فى عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخلف ان لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل بهذا او لزوم انتفاء الملك بالتمليك فى الاعيان لا فى تلك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل ما حيكا ما وهو الاختصاص ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد والمنع مذكور فى الزيادات لصاحب المحيط واما المديون فوكيل وانما وقع عليه فى الابراء لرب الدين باعتبار امره وثبت اثر التصرف لنفسه فى ضمنه وهو فراغ ذمته وفى هذا انظر بحريه فى تعليقها نفسها ان يقال هى وكيلة فهى فى نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مالكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن ان يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذى يستدعيه التمليك هو القبول فى المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال فى الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان التمليك بخصوصه لا يستدعى الجواب الذى يتم به التمليكات ولكنه تمليكا يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن فى سائر الوكالات لتضمنها معنى اذا بعته فقد اجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت بين من شئت فقد اجزته فكان يقتضى ان لا يصح الرجوع والعزل فيها فلا حاجة اليه لهذا المعنى لا تبنا به على ما ذكرنا لكن اذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بانه يخالف

او مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لابد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه يملك ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع **قال** ولابد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته

سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي يثبت الملك عندها وانما خالفنا بما ذكرنا وباعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة واعلم ان الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق اما لو قال طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره واذا فوض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها ان تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت خرج الامر من يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق **قوله** او مجلس الخ لو كانا يتحدثان فاخذا في الاكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها فلبست ثوبا او شربت لا يبطل خيارها لان العطش قد يكون شديدا يمنع من التامل ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا بخلاف ما لو اكلت ما ليس قليلا او امتشطت او اقامها الزوج قسرا فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجه في الاقامة انها يمكنها ممانعته في القيام او تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الاعراض وكذا اذا خاضت في كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره افاد انه اعراض عن الاول **قوله** ثم لابد من النية اي نية الطلاق في قوله اختاري الخ يحتمل تخييرها في نفسها بالاقامة على النكاح وعدمه ويحتمل تخييرها في غيره من نفقة او كسوة فاذا اختارت نفسها فانكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه الا اذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم انو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا اذا كانا في غضب واذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل **قوله** والقياس ان لا يقع بهذا شيء لان التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلو قال اخترت نفسي منك واخترتك من نفسي ناويا لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضي الله عنهم **قوله** ولانه يملك الخ ظاهره انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس يقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وانما يقتضي جواز اقامتها مقامه في الفراق والطلاق منها بل يقتضي ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس **قوله** ثم الواقع بها بائن نعم عن زيد بن ثابت انه ثلث وبه اخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم واحدة رجعية وبه اخذ الشافعي واحمد وثبت عن علي ان الواقع به واحدة بائنة توسطا بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود بان الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وانت علمت انه اخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على ما اسلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها اذا اختارتها لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم تحصل فائدة التخيير اذ كان له ان يراجعها في الحال شاءت او ابت وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر ان الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم في رواية غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف انت بائن ونحوه فلا يقع الثلث في قوله اختاري وان نواها بخلاف التفويض بقوله امرك بيدك حيث تصح نية الثلث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشان والطلاق فكان من افراده ولفظ المصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل اي بائن ونحوه فان الوقوع يقتضيه نفس الالفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة وفيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلث فلا يكمل الاستخلاص **قوله** فلابد

وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة

من ذكر النفس في كلامه او كلامها يعني او ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة وكذا اذا قالت اخترت ابي او امي او الازواج او اهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهر وكذا اهلي لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت اهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج وكذا تطلق بقول الزوج المتقي باهلك بخلاف قولها اخترت قومي او ذا رحم محرم لا يقع وينبغي ان يحمل على ما اذا كان لها اب او ام اما اذا لم يكن ولها اخ ينبغي ان يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة اذا عدمت الوالدين وانما اكتفي بذكر هذه الاشياء في احد الكلامين لانها ان كانت في كلامه تضمن جوابها اعادته كانها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص البينونة في اللفظ العامل في الايقاع فلا حاجة معه ليس الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت علية البينونة فيثبت بخلاف ما اذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم ولو نقلنا ح مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال او حال او سكن وغيره وايضا الاجماع انما هو في المفسر من احد الجانبين والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا الامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل وما لا وقوع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له اصلا كاسقني وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي رح واحمد بالنية مع القرينة من ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول وخروج الامر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي او زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها الفا على ان تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة **قوله** وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ يعني ان ذكر الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة ووجه ان الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة بان قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري اختاري او اختاري نفسك بثلث تطليقات او بما شئت فقالت اخترت يقع الثلث فلما قيد بالوحدة ظهر انه اراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا فاندفع التناقض بانه اثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع منه فع لانه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس ينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة او اهلي او نحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة رض اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر والمخصوص لفظ المفسر فعلوم الالغاء واعتبار المفسر اعم منه حتى تخص بقرينة غير لفظية توجب ما ذكرنا من الوقوع بالفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شيء وعن علي تقع رجعية كانه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رض خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيئا رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعد ويفيد عدم وقوع شيء **قوله** فقالت انا اختار نفسي المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختار نفسي سواء ذكرت انا او لا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت انا اطلق حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبده اعتق رقبتك فقال انا اعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين عنها قالت لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير ازواجه بدأ بي فقال اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستامري ابويك وقد علم ان ابوي لم يكونا ليامراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها الى قوله اجرا عظيما فقلت ففي هذا استامر ابوي فاني اريد الله

ولا يحتاج الى نية الزوج وهو قوله طلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر ولهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت التطليقة الاولى فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيار للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي واخترت نفسي بتطليقة

ورسوله والدار الآخرة ثم فعل ازواجه صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت في لفظ لمسلم بل اختار الله ورسوله والدار رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا بالايقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس من المتكلم فيه بل انهن لو اخترن انفسهن لطلقهن لان المقصود الاستدلال باعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا بما يفيد قيام معناه في الحال قوله وهو المصنف ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال هو احد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله الحال خاصا او مشتركا فتعليله يرجح هنا المراد احد مفهوميه اعني الحال بقرينة كون اخبارا عن امر قائم في الحال وذلك يمكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة وكذا في الشهادتين بخلاف قولها اطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن طلاق قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جعل قائما به الامر الآن لزم من عدمه وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع لا يكون بنفس اطلق لانه اخبار عما سيقع وقدمنا انه لو تعورف جاز ومقتضاه ان يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار **قوله** ولا يحتاج الى نية الزوج دلالة ذكر نفسها ذكره في الدراية لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو العدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى لو قال لم انو لم يلتفت اليه ويفرق بينهما لا عدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كرر وما في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بالف ينوي الطلاق فاشتراط النية مع الال والتكرار فضلا عن احدهما وهذا المعروف ان الاحوال شرط ولكن في شرح الزيادات لقاضي خان لو كرر فقال امرك بيدك وامرك او فامرك بيدك بالفاء او الواو فقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم انو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق في المسئلة خلاف بين المشائخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابي وغيرهما وشرط ابو معين النسفي النية مع التكرار كما بينهما في من ستشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع لان ذكر المال ظاهر في ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي اذا انكر ارادة الطلاق والذي في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الامر اي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الامر لان الاصل ان اثبات اجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط في نفس الامر يشترط للقضاء عينا مع ذلك اخترنا ما ذكر قاضي خان من انه لو انكر الطلاق يقول لم انوه فالقول قوله لانتفاض الوجه لان تكرار امرها بالاختيار لا يصير ظاهرا في الطلاق لجواز ان يريد اختاري في المسكن ونحوه وهو كاعتدي حيث يصدق في نكاحه العلاق المكان ارادة اعتدي نعم الله ومعاصيك نعم في البدائع لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقالت نويت بالاولى طلاقا وبالباقيين التاكيد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسئلة الكتاب قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا ينبغي ان حذف النية في الجامع الصغير لذلك **قوله** ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد الترتيب يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الثاني في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك اعني الثلث التي ملكتها بقوله اختاري ثلث مرات اذ حقيقة الترتيب في الافعال لا الاعيان كما يقال صاح لم يجز ابطال الآخر فيجب اعتباره **قوله** والكلام للترتيب ذكر في المبسوط لابي حنيفة رحمه الله وجهين احدهما ان الاولى نعت للمؤنث فاسمه مذكور ابو صفة والمذكور ضمنا الاختيارة فكانها قالت اخترت الاختيارة او المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلثا والآخر انها اتت بالترتيب

فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فيما لا يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وهذا يتم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه تنقيض جواب قولهما ان كان لا يفيد من حيث الترتيب الى آخره لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلامهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهما مدلوله ليس احدهما تبعا للآخر حتى انا لنا في حق الاصل لنا في حق البناء هو الافراد واذا انتفيا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع ولهذا اختار الطحاوي قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون احد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا او اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا ابطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل ابي حنيفة رحمه الله بان الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فتصدق وصفها بالاولى والوسطى الخ باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت نفسك الاولى او كلمتك الاولى ولا معنى له اصلا بعد فرض ذلك وصفا للطلاق به وابعد من رام الدفع عنه بان المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمة فقط بل بكلمتها مرتبة بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة او الاختيارة او مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة او اختيارة واحدة يقع الثلث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله **قوله** فهي واحدة يملك الرجعة وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية ووجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به ما ملكته لانها لا تملك الا ما ملكت الا ترى انه لو امرها بالبائن فاوقعت الرجعي او بالعكس وقع ما امرها لا ما اوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء الا عند زفر رحمه الله وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد **قوله** لكن بتطليقة قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك أجيب بان آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له **فروع** قال انت طالق ان شئت واختاري فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بالف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شيء والثالثة بالف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستحسان والشفعة كذا لو قالت اخترت نفسي اختيارة او واحدة او بواحدة ولو قالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة تطلق ثلثا بالف على قول ابي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء ان قالت اخترت الاولى او الوسطى وبالف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحد فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض فبعد ذلك تسئل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى او الثانية وقعت بلا شيء او الثالثة بانت بالف ولو قالت اختاري واختاري واختاري بالعطف بالالف فالالف مقابل بالثلث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لان الواحد لو وقعت بثلث البدل ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى او الثانية او الثالثة وقعت ثلث بالف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختاري

فصل في الأمر باليد وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الأول الاختيارة وفي الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل

ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والأمر باليد يحتمله فيوقت الأمر بالأول ويجعل الثاني أمرا مبتدأ ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في غد لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين

من ثلث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لأن من للتبعيض وعندهما لها أن تطلق نفسها ثلاثا لأنها للبيان وهي معروفة

فصل في الأمر باليد قدم التخيير لتأيده بإجماع الصحابة رضي الله عنهم والأمر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلث فإنها تصح هنا لا في التخيير واعلم أن التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحته قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لأنه يملك تطليقها فله أن يملكه بكل لفظ يفهم التفويض لكنه لفظ اختاري نفسك يفيده وعلى هذا إنما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأيده بإجماع الصحابة رضي الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الأمر باليد فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف فإنه لم يقع به ذلك النقل صريحا وإنما افترق البابان في القياس والاستحسان في الإيقاع بلفظ الاختيار فإن إيقاعها به إنما يجوز استحسانا بإجماع الصحابة لا قياسا لأن الزوج لا يملك الإيقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون أقوى ملكا وأوسع مما في ملك مملكه وهذا قياس وصح البابان فإن إيقاعها بلفظ اخترت نفسي يقع في جواب أمرك بيدك كما يصح في اختاري وأما الإيقاع بلفظ أمري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا يحوم حول الحمى ويتشكل النزول مخافته **قوله** وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثا أي ينوي التفويض في ثلث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلثا والوقوع مبني على صحته جوابا فأفاده بقوله لكونه أي الأمر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقي نفسك فإنه تمليك كالتخيير ولا يصح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر رحمه الله وجواب شمس الأئمة بأن الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ولذا لو قالت طلقت نفسي فأجازه جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وإن أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فيصلح الأقوى جوابا للأضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الأقوى يصلح جوابا للأضعف بلا عكس يحتاج إلى التوجيه ويمكن كونه لأن الجواب العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا أو مساويا وفرق قاضي خان في شرح الزيادات بأن قولها اخترت مبهم وقوله طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في أحد الجانبين ثم أفاد الثاني بقوله والواحدة أي لفظ نعت هو صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث وكان الظاهر أن يقول باختيارة واحدة إذ جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على أن موجب وقوع الثلث لو صرحت بقولها باختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فإن الاختيارة ليست إلا المرة من الاختيار وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الخيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة أي تركته بمرة وأعرضت عنه بمرة واحدة فعلى هذا يكون من لا يراد به إلا البلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهية والإعراض منتهاه وأورد بعضهم أنه ينبغي أن يقع به طلقة واحدة لأن بواحدة تحتمل كونها صفة لطلقة ولما جعل أمرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة تحتمل كلا من إرادة الموصوف طلقة أو اختيارة فإذا استويا ولم يكن له نية تقع واحدة والجواب أن الاحتمالين لم يتساويا فإن خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما إذا أجابت بطلقت نفسي واحدة حيث يقدر الطلقة هو بخصوص العامل أيضا وبهذا يقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسي واحدة حيث تقع واحدة بائنة واخترت نفسي بواحدة حيث تقع ثلث وإنما كان التطليقة بائنة لأن التفويض إنما يكون في البائن لأنه تمليك أمرها وإنما تملكه بالبائن لا بالرجعي وإذا علم أن الأمر باليد مما يراد به الثلث فإذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعدما طلقت نفسها ثلثا في الجواب يحلف أنه ما أراد بالثلث **قوله** وقد حققناه من قبل أي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع **قوله** ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد

وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برده الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما

لم يدخل فيه الليل اي الحاصل ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين احدهما انها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل في اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا يملك طلاق نفسها غدا اي نهارا وتملكه ليلا والفرق مبني على انه تمليك واحد في اليوم وغدا وتمليكان في اليوم وبعد غد وجعله زفر في الكل تمليكا واحدا لم يثبت لها الخيار بعد الغد اذا ردته اليوم قياسا على طالق اليوم وبعد غد حيث لا يقع الا طلاق واحد فكذا يكون هنا امر واحد وعلى امرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت فاذا وقع يصير طالقا في جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء الا ما يقتضي طلاقا آخر اما الامر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الامر المذكور بالاول وتقييد امر آخر بالثاني الا انه لم يمكن لهذه الظرفية معنى واذا كان كذلك يصير لفظ اليوم مفردا غير مجموع الى ما بعده في الحكم المذكور لانه صار عطف جملة اي امرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فلو قال امرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله امرك بيدك في يومين فتدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على ان في المحيط ما روى ابن رستم من انه اذا قال انت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا فيمتنع قياسه وايضا في طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لانها طالق فيه ايضا بخلاف امرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على ان لا اختيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف الى اليوم وغدا لانه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى اعني تهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع **قوله وعن ابي حنيفة** في مسئلة امرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا رواه ابو يوسف عنه ووجهه ان المرأة لا تملك رد ايقاع الزوج لو تنجز فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها ان تختار نفسها في الغد ومقتضى هذا ان لها ان تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه ايضا وصار كقيامها من المجلس بعدما خيرها في اليوم وغدا فانتفاؤها لا يبطل آخره حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك منتهى شرعا باحد الامور من انقضاء مجلس العلم لو المخاطب بلا اختيار شيء او بفعل ما يدل على الاعراض او اختيارها زوجها فاذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الايقاع منها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذه الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الاجارة والاولى تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثاني ان توقيتها ليس بمدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية اذ قد يمتد يوما ويوما واكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة واما تقريره بان المخير بين الامرين انما له اختيار احدهما كما انها لو اختارت نفسها ليس لها ان تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها ان تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها اعني ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد لانه يرتد بخلاف التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية ابي يوسف رحمه الله على اختيارها زوجها ولا شك انها لا تتعرض لماهية الرد فيمكن حمل ما حكي يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض او لا اطلق ويكون هذا اعطاء لنفس الحكم ويكون هو مستندا ما وقع في الذخيرة حيث قال لو جعل امرها بيدها او بيد اجنبي ... لان الظاهر ... والمسئلة معروفة عن اصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموهومة في الامر باليد

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا فهما أمران لما أنه ذكر لكل وقت خبرا على حدة بخلاف ما تقدم وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد عرفناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لأن هذا تمليك التعليق منها لأن المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل

حيث صرح في الرواية أنه لا يرتد بالرد وفي الكتاب أنه يرتد أعني قوله في قوله أمرك بيدك اليوم وغدا وإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها فإن المراد برده اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهناك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا أنه لا يرتد ونقلوا أن يرتد بالرد فقالوا الأمر يرتد بالرد من التفويض المحض فهو يرتد كما إذا أقر لرجل فصدقه ثم رد إقراره لا يصح وحاصله أنه كالإبراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الإسقاط والتمليك أما الإسقاط فظاهر وأما التمليك فقال تعالى وأن تصدقوا خير لكم سمى الإبراء تصدقا ومما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول لو قال لامرأته أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الأمر من يدها وقال في موضع آخر لا يخرج وإن كان الطلاق بائنا وفرق بأن المزوج فيما إذا كان منجزا وعدمه إذا كان معلقا مثل أن قال إن تزوجتك فأمرك بيدك ثم طلقها بائنا ثم خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الأمر بيدها ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم وجد الشرط لا يصير بيدها ومن المناقضة تقرير كلام يصحح إضافته كما في المسألة الآتية إذا قال لها أمرك بيدك يوم يقدم فلان وسياق الكلام فيها **قوله** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا لأنه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج قال السرخسي وهو صحيح لأنه لما ذكر لكل وقت جزاء عرف أنه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والأصل استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص أبي يوسف به إلا أنه مخرج الفرع المذكور وأعلم أنه يتفرع على هذا جواب فيها لو قال نفسها ليلا فلا تقبل عنه لأنه إنما ثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بأمر آخر كقوله أمرك بيدك اليوم حيث يمتد إلى الغروب فقط بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم إنما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الأصل في أنت طالق غدا وفي منتقى جامع التمرتاشي أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لأنها أوقات مترادفة فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فيه تبدد أمره وعن أبي حنيفة رح ثلث أمور لأنها أوقات حقيقة **قوله** وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان رح ولنا أن تطلق نفسها يوم يقدم وهذا أيضا مما يفارق به سائر التمليكات فإنها لا تصح إضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لأنه إنما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الأعيان كما تقدم وقد يخرج على أنه من معنى التعليق فإن قيل يخالف ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلثا للسنة أو ثلاثا إذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلثا للحال ولو قامت من مجلسها قبل أن تقول شيئا بطل لأن قوله فطلقي نفسك ثلثا تفسير للأمر والأمر باليد يحتمل الثلث إنما لا يحتمل التعليق والإضافة إلى وقت السنة لأن الأمر باليد يقتضي الأكثر والأمر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال ولا يثبت المالكية ولهذا لو قال أمرك بيدك ونوى السنة والتعليق لا يصح فإذا ألحقه بما كان تفسيرا يثبت ما لا يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال اللفظ التنجيز للتعليق لأنه ليس من أفراده ولا متعلقا به بعد ما ذكر أن قوله فطلقي نفسك ثلثا للسنة وإذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا باللفظ ثم لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعني في آخر فصل إضافة الطلاق وإنما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لأنه غير ممتد لما حققناه هناك من أن المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لأنه المقصود **قوله** وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لأن هذا تمليك التعليق منها لأن المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه أي في أول فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو أن تمليكات

ولو كانت تسمع فمجلس سماعها ولو كانت لا تسمع فمجلس علمها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لأنه تمليك محض ولا يشوبه التعليق وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو يدل على الإعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به ... ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضا كما إذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه هذه رواية الجامع الصغير وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضا والأول هو الأصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهودا أشهدهم فهي على خيارها لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها

جوابا واستدل عليه بنافي المجلس ولم يستدل على أنه تمليك بقوله لأن المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه والا فالوكيل يتصرف برأي نفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه ويتحقق ما ذكر في وكلمة لينه فع الوكيل في المشيئة إن شاء الله تعالى وقدمنا في قوله لم يستدع جوابا في المجلس أن الصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع الصحابة رضي الله عنهم حيث قالوا لها المجلس **قوله** ثم إن كانت تسمع أي تسمع نفقه بالتخيير اعتبر مجلسها ذلك أي مجلس سماعها وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها على ما ذكرنا وإن هذا تمليك فيه معنى التعليق أما إنه تمليك فلما تقدم من أنها عاملة لنفسها وأما أن فيه معنى التعليق فلأن الإيقاع وإن كان من غير الزوج إلا أن الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق والظاهر أن كل ما يمكن ترتيبه على التمليك فصحة التوقيت على أنه تمليك منفعة وقدمنا أن إلحاقها بالعارية أقرب ثم صحة التوقيت لا يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي يتحقق في الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الأمر بها. عليه لأنه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا أنه لا يحتاج إلى القبول والاقتصار على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف أنه تمليك وهو يستدعي جوابا في المجلس وتقدم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك في المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده في تمام المجلس أثر الملك واقتصاره بعده ونفس اقتصاره عليه بإجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما تقدم قلت فيسوق في كلام بعضهم أن تعليقها نفسه القبول تمنع الاتهم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكها إلا عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسبه كلا من التعليق والتمليك لأنه لو ثبت لزم الإفضاء والإيضاء فقد ظهر أن جميع الآثار يصح ترتيبها على جهة الملك هنا ولا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق وقولهم لأنه قال لها طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه في الوكالة كأنه قال للنائب متى بعت فقد أجزت بيعك والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمناه والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة واسعة الإمكان **قوله** وقوله أي قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع مكثت يوما أي ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه فلو لبثت من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادعوا أبي أستشيره أو الشهود والأشبه ما هو على التفرقة من غير أن تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا أشكله في قوله اختاري وطلقي نفسك وأنت طالق إن شئت وكذا إذا قال لأجنبي أمر امرأتي بيدك فطلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدي إذا شئت بخلاف قوله بعه إن شئت لا يقتصر على المجلس لأن البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل وذكر المرغيناني إن كان من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما إذا أقيمت كرها وقيل إذا لم تنتقل لم يبطل وإن انتقلت ففيه روايتان ولو نامت قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت إلى الشفع الثاني يبطل إلا في سنة الظهر عن محمد رحمه الله تعالى وهو الصحيح ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لا تطلقني ليس رد اختيك بعده الطلاق قيل فيه نظر لأن قولها لم إلى آخره كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الأول وإفاضة في غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق **قوله** والأول أصح أي المذكور في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الأصل لأن من جنسه

وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا يرى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشية ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الاقل مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة انه لا يقع شيء بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

امر قد يستبد لاجل التفكر لان الاستناد والاتكاء سبب الراحة كالقعود في حق القائم ولانه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للمجالس **قوله** وان سارت بطل قيل لو لم تجب بعد السير مع سكوته والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب باسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة او المحمل اولا ولو كانت راكبة فنزلت ثم تحولت الى دابة اخرى او كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل كذا في الغاية لانه والابل كالسفينة **قوله** والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيما الحركة كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجالس وعن ابي يوسف رحمه الله ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

فصل في المشية

قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها سواء اوقعتها بلفظ واحد او متفرقا وانما صح ارادة الثلث لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير ان العموم في حق الامة ثنتان وفي حق الحرة ثلث وقد تقدم **قوله** وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت اي رجعيا ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بابنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من الفاظه التي تستعمل في ايقاعه كناية فقد اجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار ليس من الفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت ابتداء ابنت نفسي توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل مع الحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة فيما اذا حصل جوابا للتخيير فيما اذا ارادت وصفا تعمل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الاصل لا يقال قد صح جوابا للامر باليد لانا نقول الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له دلالة نص اجماعهم على التخيير وهذا لان قول امرك بيدك ليس معناه الا انه مخير في امرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير حيث جعل اذا كان جوابا بما يعلم ان خصوصها ملغى فيطلق بخلاف الايقاع وصف طلب الطلاق لا التخيير بين ... اذا اجابت باخترت نفسي فحيث كان الامر بيدها بالاشتغال بالايقاع في ذلك الامر وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع بجوابها بابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت ومما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة او قال ثنتا فطلقت ثلثا لا يقع شيء والجواب ما خالفته فيها في الاصل الاول ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون هذا منتهى الخلاف وما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع واعلم ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الاصل انما هو باعتبار صورة الامر ليس غير اذ لو وقعت على الموافقة اعني الثلث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة الا ان الخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى فلان يعتبر في الايقاع حال المخالفة في المعنى غير خلاف فيه اولى **قوله** ولو قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وكذا قوله لاجنبي طلقها او قول الاجنبي لها طلقي نفسك لانها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في ابراء ذمته بقول الدائن له ابرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمنا والتوكيل استعانة فلو لزم لم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وابرئ ذمتك اذ كل ما يمكن اعتباره في احدهما يمكن في الآخر وان صح فالرجوع ايضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناه على انه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى تفرعه على معنى التعليق المتفرع

ومن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده لأن كلمة متى عامة في الأوقات فصار كما إذا قال في أي وقت شئت وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله أن يرجع لأنه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمل التعليق ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة وقالا تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الأولى لأنها ملكت الثلاث أما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليها فلغا

لأنه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع من توكيل وولاية وأما الاقتصار على المجلس فبالإجماع على خلاف القياس
قوله وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده وكذا إذا شئت أو إذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول أبي حنيفة
في إذا ما عنده بمنزلة إن فلا يقتضي بقاء الأمر في يدها وغيره جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطا وأن تعمل ظرفا والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك
وصار كما إذا قال في أي وقت شئت ولا شك أنها إنما تملك ما ملكت وإنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها ويعد يتفرع أن هذه إضافة للتمليك
فلا تجوز ... من عروض ذلك إنما لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها وقد قدمنا في أول باب إيقاع الطلاق ما يوجب
حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى **قوله** ولو قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها
في المجلس وبعده وله أي للقائل أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم وله أن يرجع فلا يقتصر والتوكيل أن يفعله بعد المجلس بخلاف قوله
لها طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال
زفر هذا والأول وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه وكيلا كان أو ما كان يتصرف عن مشيئته فصار كما إذا
قال للبيع بعه إن شئت لا يقتصر ... الرجوع أجيب بأن ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في أنه إذا أثبت له المشيئة لفظا صار
موجب اللفظ التمليك لا التوكيل لأن تصرف الوكيل لغيره إنما هو عن مشيئة ذلك الغير وإن كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فإنه المتصرف عن مشيئته
نفسه ابتداء من غير توقف على ذلك الغير فلما صرح المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لأنه لا يحتمل التعليق
فيلغو وصف التمليك ويبقى الإذن والتصرف بمقتضى مجرد الإذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه إشكال لأن البيع فيه ليس معلقا بالمشيئة بل المعلق هو التوكيل
بالبيع وهو يقبل التعليق وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط لظهوره بأدنى تأمل وذلك لأن التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس
قوله معلقا بالمشيئة غيره بل قد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق الوكيل أو عدم القبول والرد وإلى هنا
تم من المصنف إثباته وصف التمليك مرة بأنه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ومرة بأن يعمل بمشيئة نفسه فليس
الرأي والمشيئة والعمل لنفسه واحدا فالعمل بالرأي العمل بما يراه صوابا من غير أن يوقفه على غيره كونه لنفسه ولغيره والعمل لنفسه بخلاف غيره وبمشيئته
باختياره فإنه ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الأصوبية في متعلقها بل هي والإرادة تخصيص الشيء بوقت وجوده
والأول لا تقتضيه الوكالة وهو منقوض بأن العامل برأيه هو الذي لا يتقيد على رأيه بنقيضه في فعله لا ترك الوكيل فإنه كان بوكالة ما يخالفه
... ينقلب في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل إن لم يفعل فإنه إذا وكله فرض كان وعدا بفعل ما استعانه
به فيه فإذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فإنها لا تعد مخالفة بترك الطلاق إذ لم يقصر ما عليه فإنه شرعي فظهر أن الوكيل ليس عاملا
برأي نفسه مطلقا والثاني بأمر المديون بإبراء نفسه وقد قدمنا ما في جوابه من النظر ولو لم ينتقض بالتفويض إلى الأجنبي فإنه قطعا ليس
التعليق ... بغيره وما لا لنفسه والثالث أقرب والله أعلم وإليه المعول عليه **قوله** وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة
لأنها لما ملكت إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت كالزوج نفسه ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة
وقالا تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا وكقولها طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة ... هذه المسألة

[illegible]

وانت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي من زوجي ويقول العبد في جواب اعتق نفسك اعتقت نفسي من مولاي حيث يقع ثلث في الاولى

ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق ويعتق سواء من قراءة ولابي حنيفة رح انها اتت بغير المفوض اليها [illegible] وهذا

تصريح الجواب عما بعد الاولى من الصور باعتبار المسابقة ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر وجها في ابنت نفسي ان معناه طلقت نفسي [illegible]

قوله بخلاف الزوج جواب عن الاولى اي الزوج يتصرف بحكم الملك الثلاث وكذا اذا امرها بالثلاث ففي ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه [illegible]

في المسئلة الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلثا [illegible] فلم يملك الثلاث لانها تملك الواحدة [illegible]

[illegible] باعتبار انه تصرف من الامر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق ان هنا ملكت الواحدة وهو شيء [illegible] الواحدة التي في ضمن الثلث [illegible]

[illegible] قوله الثلث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه [illegible] في المسئلة الاولى [illegible]

الثلث لانها لم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستعقب ايرادا وقع في لفظ المصنف قوله [illegible] الواحدة [illegible]

[illegible] اعترض بان مذهب اهل السنة [illegible] اجيب بان ذلك في الاسماء [illegible] بخلاف [illegible] الطلاق [illegible]

[illegible] اصطلاح المتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان [illegible]

[illegible] المطلوب [illegible] الواحدة [illegible] الثلاث [illegible]

وفاته [illegible] المصنف [illegible] قوله ولو امرها بالطلاق يملك رجعته فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت

رجعيا وقع بالامر به [illegible] ان يقول طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة [illegible]

[illegible] وصف كما ذكرنا [illegible] الوصف [illegible] الاصل [illegible] الثاني ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية [illegible]

[illegible] الزوج [illegible] المفوض اليها في الصورتين [illegible] الى الاصل الايقاع [illegible]

[illegible] الوصف [illegible]

[illegible] الوصف الذي به المخالفة [illegible] بخلاف ما اذا كانت في الاصل [illegible]

واحدة فطلقت ثلثا على قول ابي حنيفة رح او فوض ثلثا فطلقت [illegible] الوصف [illegible] طلقي نفسك [illegible]

نفسك [illegible] اذا قال طلقي نفسك ثلثا [illegible] ان تطلق نفسها واحدة وثنتين [illegible] ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء

لان معناه ان شئت الثلاث [illegible] الثلث معلقا بالشرط [illegible] الا واحدة [illegible]

نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح ويقع واحدة عندهما [illegible]

الثلث ليست مشية الواحدة [illegible] الشرط [illegible] مشية الثلث مشية الواحدة [illegible] الواحدة [illegible]

قوله ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر [illegible]

[illegible] الطلاق [illegible]

[illegible]

[illegible] نفسها في مجلسها [illegible] لان التعليق [illegible] ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما
شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها
كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت
فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق

شيء حتى لو قال لها ان شئت فانت طالق ينويه وقع لان المشيئة تنبئ عن الوجود لانها من الشيء وهو الموجود بخلاف ما لو قال اردت طلاقك لانها لا تنبئ
عن الوجود بل هي طلب النفس الوجود من قبيل مغايرة الامر المنجز والارادة في صفة العباد كما ذكرنا في صفة الله سبحانه [illegible] كما هو اللغة فيها
مطلقا [illegible] وجود اي يكون الوجود جزء مفهوم احدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما اراده وان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا لذات
الارادة [illegible] الموجبة للوجود ولان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور والمعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة
تؤثر على وفق الارادة فلا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلت في المشيئة بخلاف العباد ومن هذا لو قال اراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال
شاء الله [illegible] طلاقك ورضيه لا يقع لانه لا استلزام معنى تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت للارادة يكون من طلبه يستلزم
عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام ثم فرق بين الطلبين انه في الكلام طلب تخليف وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي
[illegible] كما في الطلب [illegible] ولو اجيب بان ذلك الطلب خارج عنهما لزم كونها من صفات الافعال وقد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون
الفرق في حقه [illegible] بين المشيئة والارادة في حق العباد رواية عن [illegible] الفرق [illegible] في صفة الله سبحانه وتعالى ومقتضى الشأن في كون المشيئة
الوجود في حق العباد والاشتقاق من الشيء وهو الوجود [illegible] فان الشيء وان وقع على غير الاعيان الا ان كونه في مفهوم
الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة تنسب الى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكر شمس الائمة
الا انه لا يكون مجازا عقليا او مجازا لغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشيئة ايضا الى ذلك انشد ابو السكيت في اصلاح المنطق
[illegible] في [illegible] من الشيء والحسيس والماء [illegible] من شواهد قصر الممدود فتوجيه ان يعتبر العرف فيه لان يكون العرف
العام من انه الشيء الموجود والمشيئة بان يراد بها بعض ما يصدق عليه هو الشيء الكائن مصدر الشاء فانه يقال [illegible] على ارادة الحاصل
بالمصدر [illegible] منه ولا كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي
[illegible] عن اختيار بخلاف اردت كذا وكذا لغيره عرفا فاذا اصحابها الوجود [illegible] فلا كسد [illegible] ولو قال شئت طلاقك
[illegible] الطلاق [illegible] ولو قال اريد [illegible] او اجبه [illegible] الطلاق فقالت اردت [illegible] شيئته
[illegible] قال [illegible] ان [illegible] انه تعليق [illegible] الى النية وهو كقوله ان كنت تحبين [illegible]
[illegible] قوله [illegible] فقالت [illegible] ان كان كذا لامر [illegible] كان [illegible] كنت [illegible]
[illegible] ان التعليق بامر كائن تنجيز [illegible] قال [illegible] فان كنت [illegible] فيعلم انه [illegible] ان يكفر [illegible]
[illegible] من [illegible] الى ابي يوسف [illegible] هذه الالفاظ [illegible]
[illegible] في المستقبل [illegible] تحاشيا من تكفير المسلم [illegible] ان الكفر [illegible] الاعتقاد [illegible]
[illegible] ذلك [illegible] قبل الاعتقاد [illegible] ان يكفر [illegible] الاعتقاد قلنا النازل

[illegible] قوله ولو قال انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت
[illegible] ولا يقتصر على المجلس [illegible] فانها لعموم الاوقات

وإذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن كان يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء لأنه ملك مستحدث وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لأن له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان

لأنه قال في أي وقت شئت فلما لم يرتد برده لأنه لم يملكها في الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد يقال ليس هذا تمليكا في الحال إلا أنه صح تطليقها معلقا بشرط مشيئتها فإذا وجدت تطليق طلاقه وإنما يصح ما ذكره في طلقي نفسك إذ اعتبرت للتمليك فيه حكم الملك بخلاف ما لو قال طلقت نفسي في هذه المسئلة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت إيجاد للشرط الذي هو مشيئتها الطلاق من تقديرات المشيئة تقارن الإيجاد ثم لا تملك تطليق نفسها الأمرة واحدة لأنها تعم الأزمان لا الأفعال بخلاف كلما قوله وإذا وإذا ما فهي وإذا ما هي كمتى عندهما فلا تخرج عن يدها كمتى يكون حكم الأفراد عند أبي حنيفة رحمه الله وإنما كانت إذا تستعمل للشرط المجرد عن معنى الزمان كما تقدم لكنها تستعمل للوقت أيضا مجردا عن معنى الشرط وبمقارنة به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله أنت طالق إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق إلا بيقين وهو بأن يراد به الزمان وهو غير لازم من استعمالها فتعلق إلى الموت وفي أنت طالق إذا شئت صار الأمر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس إلا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها فلم يصح فعلى أن مجرد الشرط لتحول تقيد بالمجلس كما لو قال أنت طالق إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس ويكلف لنفي التهمة حتى يحمل على ما تقدم من إياه إرادة وقوله وقد مر يعني في فصل إضافة الطلاق هذا الوجه في تقريره غير هذا وهو أن قوله إذا شئت يحتمل أن يكون تعليقا بمجرد الشرط هو مشيئتها وأنه أضافه إلى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان أو مضافا إلا أن قال المصنف من أن الأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك إن سنا أنه يثبت حكمها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد بأنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح آنفا في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لأنه إنما يملك في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط والمضاف إليه الزمان هو مشيئتها الطلاق فيقع طلاقه وعلى هذا تفرع لهم في قوله أنت طالق كلما شئت أن لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تعلق طلاقها بمشيئتها الشرط بتجدد التعليق عند بأن تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وإنما يصح كلاهما في قوله طلقي نفسك كلما شئت قوله إلا أن التعليق الخ جواب عن مقدر وهو أن موجب كلما تكرار الأفعال أبدا ومقتضاه إذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت إليه بعد زوج أن تملك طلاقها الثلاث أيضا وإذا كان كذلك أجاب بأنها وإن كانت كذلك لكن التفويض إنما ينصرف إلى الملك القائم لا إلى ما سيحدث من الملك الذي هو غير الملك لعدمه فلا ينصرف إليه فينصرف إلى عدم الملك فإذا فرض إن الملوك قد سين لزم أنه باستغراقه تكرارا انتهى التفويض ومعلك لتعدده هو الثلث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها وتزوجت بآخر وعادت إلى الأول ملكت ثلث تطليقات أيضا خلافا لمحمد فإن عنده إنما تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم قوله وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لأنها العموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جمعا وعلى هذا لو طلقت نفسها ثنتين فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن إيقاع الثلث إيقاع الواحدة عندهما خلافا له قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وتتقيد بالمجلس ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس أورد عليه أنه إذا لغى المكان صار أنت طالق شئت فيقع في الحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازا عن الشرط لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو خير من إلغائه بالكلية فأورد عليه فلم يعلق بالشرط في فائدة ما إلا إذ هو أكثر ما في الباب

ويجعل جوابا حضرة عموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة معناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته اما اذا ارادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلاثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها ليكون لها المشيئة في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة ان الوصف لا يستدعي وجوده ... اصله ... كرثنتين او ما شئت ...

المجلس على ان الاولى الاشارة ... وصرف الشرط ... يبطل بالقيام ... واعترض في بعض شروح الهداية بانه لا اصل مجازا من الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة اولى ... فان اراد بالمعنى الحقيقي الزمان ... حتى لا تخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى بحيث ... بل ... المكان ... ان اراد معنى الظرفية مطلقا فليس ... اسم الظرف اصطلاح مبني على تشبيه المكان والزمان بالاوعية ... **قوله** فوجب اعتباره عموما كما انت طالق في اي وقت شئت ... **قوله** ولو قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة ... غير مدخول بها طلقة بائنة ... بها ... العدة والمكانة ... طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت ... او ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك ... المطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلاثا او على القلب فهي رجعية لانه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج ... ونيته لا تعمل في جعلها بائنا ولا ثلاثا ... الزوج ... لم تذكر في الاصل ... بمشيئتها حتى لو شاءت ثلاثا او بائنا ولم ينو الزوج يقع ما اوقعت اتفاقا على اختلاف الاصلين ... اقامها مقام نفسه في اثبات الوصف لان كيف للحال والزوج لو اوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلاثا عند ابي حنيفة ... فكذا المرأة عند هذا التفويض ... كذلك ... ايقاع البائن والثلث لانه تفويض اصل الطلاق اليها على اي صفة شاءت ... الكافي وهذا الذي ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول ابي حنيفة رح واما عندهما فما لم تشأ لم يقع شيء وعلى هذا الخلاف انت حر كيف شئت يقع ... عنده وعندهما يتوقف على المشيئة ... ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها ... وعندهما يتعلقان ... العتق بالكيفية ... فيقع ... لكن الثابت ... من الطلاق ... على اصل العتق ... الكيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ... **قوله** فلابد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها ... فيكون ... الذات عن الوصف ... بمشيئتها ... كل وصف لمشيئتها ... وابو حنيفة يقول حقيقة قوله انت طالق تنجيز اصل الطلاق ... صفته على مشيئتها ... اثبات وصف الرجعة ... في نفس ... بعض الاوصاف ... الى تخصيص العام الموافقة على حقيقة اللفظ التي هي تنجيز اصل الطلاق واعتبار اصله معلقا الموافقة على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الاول لان تخصيص العام ... من اعتبار المنجز معلقا ... والمرجح في الكافي من ان ... يبطل الاستيصاف والكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل ... لو كان كيف في التركيب للاستيصاف ... ان معنى الاستيصاف هنا غير مراد اصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن ... تعالى افلا ينظرون الى الابل كيف خلقت اي ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم ... كيف شرطا ... قولها ... تعليق اصل الطلاق ... حقيقة اللفظ ... الجواب لا يجوز لان ... الشرط والجزاء لفظا ومعنى ... كيف تصنع اصنع ... قولهما ... على امتناع قيام العرض بالعرض ... بالجسم ... كون الطلاق ... الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الاصلية والفرعية ... بمشيئتها ... اصله ... من ضرورية تعلق الاصل بما ذكرنا وهو ضعيف ... ليس ... امتناع قيام العرض بالعرض ...

قوله ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت واحدة او ثنتين او ثلاثا ويتعلق اصل الطلاق بمشيئتها اتفاقا ... مشيئة

وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان
كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت

كيف شئت على قوله وهذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد واذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلو اوقعت
شيئا مالم تشاء والقياس ان لا يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا الا بالاباحة للزوج لكن روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يباح لها في التخيير ذكره
في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلثا على قولها او ثنتين على قول ابي حنيفة رح لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها
لو فرقت خرج الامر من يدها بخلاف ما لو اوقع الزوج ذلك وعلى هذا فما في اصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها
واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها لا الاحتياج الى حمله على مشية القدرة لا مشية الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما ذكرنا
من اطلاق العدد وارادته وان كانت قيمة العدد فتقريره وتقرير واحد منها ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما لم نوقع الشك في تفويض
العدد فلا يثبت اجيب بانه معارض بالمثل بان يقال لو اعملنا ما بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو اعملنا ما بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته
فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد وبان التفويض تمليك مقتصر على المجلس لم يكن موقتا وانما يكون لو كانت معتبرة
بمعنى العدد لانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدوام نحو ان اردت الامر بان قالت انا طالق كان قوالان ما دام واحد منهما
في كلا وقوله خطاب في الحال احترز عن ان ادا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال **قوله** فان قال لها طلقي نفسك

من ثلث ما شئت فلها ان تطلق واحدة وثنتين بالاتفاق واختلفوا في الثلث فلا تطلق عند ابي حنيفة رح ثلثا وبه قال الشافعي واحمد رح وتطلق عندهما
ان شاءت لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من تستعمل للتمييز اي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا كما اذا
من الرغيف فيحمل على تمييز الجنس محافظة على عموم ما اي بيان الجنس بخلاف ما لو حملت على التبعيض يعني فيكون بيان المراد الثلث من الطلاق دون سائر الاعداد منه
وان كان لا يتصور في الطلاق عدد الا الثلث فذاك شرعا لا في الامكان فيمكن ان تطلق عشرين مائة وغيرها والامكان حكم في التسمية الخ فالمعنى طلقي نفسك العدد
الذي هو الثلث دون سائر الاعداد وعلى قولهما يكون التفويض في الثلث خاصة فصح تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك
ثلثا كما لو قال كل من طعامي ما شئت له ان ياكل الكل وطلق من نسائي ما شاءت فشاءت كلهن له ان يطلقهن بخلاف ما اذا حملنا ما على التبعيض فانه يبطل عموم ما ولابي
ان كلمة من حقيقة في التبعيض اذا دخل على ذي ابعاض والطلاق منه وما للتعميم فيعمل بهما بان في معناها في شمله باقي العموم مخصوص ضرورة
اعمال من في معناها في شمله بخلاف حمل من على البيان فان من شرائطه صحة وضع الذي مكانها وصلها بمعمول لها مع ضمير منفصل كما في قوله
فاجتنبوا الرجس من الاوثان الرجس الذي هو الاوثان والحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلث فان ما موصولة معرفة فلا بد من كونه موصوفة
معرفة وهو هنا العدد فالحاصل طلقي نفسك العدد الذي شئت الذي هو الثلث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي
شاءت او شاءته وانه هو الثلث فيكون التفويض ابتداء انما هو في الثلث انما تملك ان تطلق نفسها واحدة لانه جزء ما ملكته بالتفويض كقوله
طلقي نفسك ثلثا لها ان تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم ثبوته اذ المعنى طلقي نفسك عددا شئته فان قيل مع معرفة
بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الراجع المحذوف قيد في العدد مثل من ابهامه فخرج ما قال انت طالق ثلثا الا ان تشائي واحدة
فشاءت واحدة طلقت على ما نحوه قال محمد رح لا يقع شيء لان معناه ان لم تشائي واحدة فانت طالق ثلثا وشاءت واحدة لم يقع شيء وقال ابو يوسف
انه اثبت لها مشية الواحدة فاذا شاءتها تقع وليتعلق الطلاق بمشيئتها الا ان شاءت العدد تحقق وانت طالق ان شاءت العدد ففرق

ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما وفيما استشهد به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

لانه علق على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا او متى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فانت طالق اذا شئت
او متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في اي وقت شاءت فلو شاءت
في المجلس صار كانه قال انت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طالقان فشاءت احديهما او شاءتا
طلاق احديهما لا يقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد لو قال لامرأتين ان شئتما فاحدكما طالق ثلثا فشاءت احديهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شيء
لان الشرط مشيئتهما الثلث بخلاف ما لو قال لهما طلقا انفسكما ثلثا فطلقتا احديهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلث لان كل واحد ينفرد بايقاع الثلث
فيصح ايقاعه بعضها ولو قال ان شئت فانت طالق ثم قال للاخرى طلاقك مع طلاق هذه فوقع عليها بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والا فلا
لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك اي كلاهما مملوكان لي فايهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وابيت او ان شئت
ولم تشائي لم تطلق ابدا لانه جعل المشيئة والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت
بلا مشيئة تطلق ايضا كما لو قال ان دخلت او لم تدخلي اما لو اخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائي وان شئت وان ابيت فان شاءت
يقع وان ابت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت وابيت وفي طالق ان ابيت ذكر به طلاقا فقالت ابيت تعلق
ولو قال ان لم تشائي طلاقك فانت طالق فقالت لا اشاء لا تطلق لان لفظ ابيت لا يحتمل الفعل الذي هو الاباء وقد وجد اما لفظ لم تشائي فعدم ما لا كلام
وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت ولو قال انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق
عند ابي يوسف رح ولو قال لها طلقي نفسك ثم قال لها اعتقي عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الامر بالعتق فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها
في الطلاق وعنه لو قال لها انت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس
قول ابي حنيفة رح ان كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت
طالق غدا فالمشيئة اليها للحال بخلاف انت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها في الغد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح المشيئة اليها
في الغد في الفصلين وقال زفر رح المشيئة للحال فيهما وذكر في الامالي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن ابي يوسف رح
عن ابي حنيفة رح اذا قال انت طالق غدا ان شئت وانت طالق ان شئت غدا لها المشيئة غدا وقالا ان قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال وان آخرها
فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت او اختاري ان شئت غدا او امرك بيدك غدا ان شئت او امرك بيدك ان شئت غدا فالمشيئة
في الفصول الاربعة عند ابي حنيفة رح وكذا لو قال طلقي نفسك غدا ان شئت او طلقي نفسك ان شئت غدا [illegible] شئت فطلقي نفسك غدا لم يكن لها ان تطلق
نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشيئة فلها ان تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد انت غدا
طالق ان شئت فقالت [illegible] شئت كان باطلا [illegible] في المنتقى قوله ان شئت فانت طالق غدا فالى قيام المشيئة في مجلسها الان في التعليق
علق بالمشيئة [illegible] الى ابي حنيفة [illegible] المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها كانه قال ان علق بها طلاقا مضافا في
الاصل [illegible] الى الغد [illegible] في ذلك [illegible] المشيئة في ذلك الوقت وهو رواية عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح ان في الفصلين
[illegible] المشيئة [illegible] طالق اذا شئت ان شئت او انت طالق ان شئت اذا شئت فيها [illegible] المطلق

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح

نفسها متى شاءت وعند أبي يوسف رح إن آخر قوله إن شئت كمتى شئت وإن قدمه فتبقى المشيئة المطلقة فإن شاءت في المجلس طلقت نفسها
وكذلك المغارة ولو قامت من المجلس قبل أن تقول شيئا بطل قال شمس الأئمة فيما قدمنا من إن شئت فأنت طالق وإذا شئت فهما يستويان إلا في
أن المجلس الأخرى تطلقه إليها مطلقة بالموقتة فمتى شاءت بعد المجلس طلقت قال إن لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ولا فرق بين أن يقول إن شئت
أو إذا شئت ولم يذكر الساعة ولو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شئت فقالت قد شئت واحدة لا يقع شيء لأنها شاءت الثلث وكذا لو قال شئت ثنتا ولو قال
أنت طالق إن شئت واحدة وإن شئت ثنتين فقالت شئت وقع الثلاث ولو قال أخرجي إن شئت ينوي الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع ونظيره
قالت لزوجها طلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلث ولو قالت طلقني طلقني طلقني بلا واو فطلق فإن نوى واحدة فهي واحدة وإن نوى
ثلثا فثلث ولو قالت لزوجها تريد أن تطلق نفسي فقال الزوج نعم فقالت طلقت يقع إن نوى الزوج التفويض ومن قال لو قال يكفي طلقي من استحقت الوقوع

باب الأيمان في الطلاق اليمين في الأصل القوة قال إن القادر بيمينه الوقوف على قادر الثاني واليمين على قع القادير الحي قوة
الخليل بين تاليمين قرابة فيها النسبة إلى الأخرى سمى الحلف بالله تعالى يمينا لإفادة القوة في المحلوف عليه من الفعل والترك المحل عليه يتردد والتشريع في
والحكم في الأولى تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث يترك شرعا فيتوقف الامتناع عن ذلك وتعليق المحبوب لنا على ذلك المحل عليه فكان يمينا قوله إذا أضافه
في استعمالها في المفهوم اللغوي إلا أن شاء الله أو تعليق بالإضافة قوله وقال الشافعي لا يقع ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال أحمد
وقال مالك إن خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو وقتا صح وإن عم مطلقا لا يصح لأن فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى لو قال
كل امرأة أتزوجها فهي طالق إلى كذا فإنه يصح ظاهرا من الحرمة لا ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وبين الخصوص
إلا أن صحته في العموم مطلق يعني لا فرق بين أن يعلق بأداة الشرط أو بمعناه وفي الخصوص يشترط أن يكون بصريح الشرط فلو قال
هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا يعتبر فيها الصفة أعني أتزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه
طالق بخلاف قوله إن تزوجت هذه فإنه يصح ولا بد من التصحيح بالسبب في المحيط لو قال كل امرأة أجمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا
كل جارية أطؤها فهي حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لأن العتق لم يضف إلى الملك ولو قال نصف المرأة التي أتزوجها طالق فتزوج امرأة بأمره
أو بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على أنها طالق لم تطلق لأنه تعليق جعله بدلا أو شرطا وكذا لو اشترى عبدا على أنه حر
لا يعتق ومذهبنا مروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم تمسك الشافعي رح بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح أخرجه ابن ماجه من حديث المسور
بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك ... عن علي بن عمر لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جويبر وهو ضعيف وأخرج أبو داود
والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن وهو أحسن شيء روي
في هذا الباب وأخرج الدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلثا قال طلق ما لا يملك وأخرج
أيضا عن أبي ثعلبة الخشني قال قال عم لي اعمل لي عملا حتى أزوجك ابنتي فقلت إن تزوجتها فهي طالق ثلثا ثم بدا لي أن أتزوجها فأتيت رسول الله صلى
الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فإنه لا طلاق إلا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لي سعدا وسعيدا ولنا أن هذا تعليق لا يصح تطليقه وهو الطلاق فيقع
لا العتق ولو كان لغوا لأبرأه والظن بأنها أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لأن النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة والانتظام

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف

الصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المندوب والطلاق
محظور وانما شرع للحاجة بتباين الاخلاق فلا لان الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعو الى تزوجها مع علم
بفساد حالها وسوء عشرتها فيخشى لجماحها وطلبها فيحسمها بتعليق طلاقها بنكاحها فعلم انها من مواقع الضرر فيجب ان يشرع كما شرع تعليقه بخروجها
ليقطعها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضي وهو محل التعليق لا يصح الا مانع بل هو اولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سنذكر والجواب
عن الاحاديث المذكورة اما ما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق اما المعلق فليس به بل له عرضية ان يصير طلاقا
بعد ذلك عند الشرط والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري قال عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن الزهري انه قال في رجل قال كل امرأة
اتزوجها فهي طالق وكل امة اشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر اوليس قد جاء لا طلاق قبل النكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك
ان يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف وفيه التصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر فهو مما يبعد قوله
ماثور عن السلف يعني انه ماثور عن غيرهما ايضا اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري
والاسود وابي بكر بن عبد الرحمن وابي بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي رضي الله عنهم في رجل قال ان تزوجت فلانة
فهي طالق او يوم اتزوجها فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا الجصاص عن سعيد بن
المسيب وعطاء وحماد بن ابي سليمان وشريح رحمة الله عليهم اجمعين واما الحديثان الاخيران فلا شك في ضعفهما قال صاحب تنقيح التحقيق انهما
باطلان ففي الاول ابو خالد الواسطي وهو عمرو بن خالد قال وضاع وقال احمد وابن معين كذاب وفي الآخر علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره
وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف احمد وابو بكر بن العربي القاضي في شرح الموطأ جميع الاحاديث فقال ليس لها اصل في الصحة وكذا ما عن
مالك وربيعة والاوزاعي فما قيل لم يرد بما يعارضها حتى يترك اصل بها ساقطا لان الترجيح فرع صحة الدليل اولا كيف ومع عدم تقدير الصحة
لا دلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه فان قيل لا معنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل احد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد
اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا او يعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه
وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها بقي لهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا بالخروج عن تناول النص بل هو طلاق تأخر عمله
الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان اهل العرف واللغة لا يفهمون ان الطلاق تعليقه وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق
طلاقها لا يحنث اجماعا ومما يؤيد ذلك ما في موطأ مالك ان سعيد بن عمرو بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها
فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر امه ان هو تزوجها فامره عمر ان هو تزوجها ان لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صح عن عمر صحة تعليق الظهار
بالملك ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا فالكل واحد والخلاف فيه ايضا وكذا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك اربعة اشهر يصح
فمتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء التصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بان قال اذا بلغت فزوجته طالق
وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا لا نسلم ذلك الا من بيان المراد بقولنا هو طلاق وليس به اذ لا شك في ان لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا
في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار فنقول لا اشكال في ان كون الشيء سببا شرعا والثبوت حكم في محل لا يتصور

والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط

بدون اتصاله بذلك المحل شرعا معنى أن يعتبر الشرع أنه اتصل به سببا للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فإن سببيته ليست إلا إيجابه الحكم في محل حلوله لكونه ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في أن الشرع منع من ذلك للقطع بأنه لم يبن أنت طالق الآن بل لو كان كذا فأنت طالق إذ ذاك لا الآن فإذا كان ذلك برفع المانع وهو التعليق ثم يتنزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لأنه لم يعلق البيع على خطر بل أثبته في الحال غير أنه جعل له خيار أن يفسخ إن لم يوافق غرضه رفقا به وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل تحقق سببيته في الحال لتمامية هذا التركيب وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فإن افتقاره في التصرف إلى المحل إنما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر أعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فتقتضي هذا صحة كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه إلا أنه لما كان المنشأ أحد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي الملكية بها ساعتئذ توقفنا على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما إذا قال للمنكوحة إن دخلت فأنت طالق فإن قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك في المتنازع وهو تعليقه بالملك فبهذا حصل الجواب عن الإلزام بصحة تعليقه في الأجنبية بغير الملك ولذا رأينا الشرع صحح قوله للأمة إذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر بيان أن قيام الملكية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري إن حل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الإيجاز وغلاقة الألفاظ وقوله وقع عقيب النكاح يفيد أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لأن الطلاق المقارن لا يقع كقوله أنت طالق مع نكاحك إذ لا يثبت الشيء منتفيا ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو إضافة بيانية أي تصرف هو يمين وكذا هو في قوله وهو قائم بالمتصرف أي فلا حاجة إلى اشتراط المحل بل قيام ذمته إلى الفيء كاف وقول مالك سد على نفسه باب النكاح قلنا إنما ذا لو لزم إذ قد يكون على معصية في ذلك وبينا العلم بغلبة الجور على نفسه أو دينا لعدم يسار ولنفس الحاج فيوسعها على أنه يتصور تزويجه عندنا بأن يعقد له فضولي ويجيزه هو بالفعل كسوق المواهب إليها والوطء واعلم أن مقتضى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سببا في الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا في الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان ولا فرق إلا ظهور إرادة المتكلم الإيقاع بخلاف المعلق وإن قصد البر فكان هذا المعنى المعقول صارفا اللفظ عن قضيته ولا يعرى عن شيء مع أن نحو أنت طالق غدا وإذا جاء غد واحد في قصد الإيقاع وهم يجعلون إذا جاء غد تعليقا غير سبب في الحال والآخر سببا في الحال والمقول لهم إنه يتنزل سببا عند الشرط تعليق أو عرف منجزا فالمراد الإيقاع حكما ولهذا إذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته **فروع** في المنتقى إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر إنسانا أن يزوجها منه طلقت لأنهما يمينان أحدهما على الأمر والأخرى على التزوج ولو قال إن تزوجت فلانة وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر إنسانا فزوجها منه طلقت لأن اليمين واحدة والشرط شيئان وقد وجدا بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الأمر حيث لا تنحل اليمين ولهذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا لا تطلق لأنه بعض الشرط فإن أمر بعد ذلك رجلا فقال زوجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط ولو قال إن تزوجت فلانة أو أمرت إنسانا أن يزوجنيها فهي طالق فأمر غيره فزوجه لم تطلق لأنه حنث بالأمر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين فلا يقع شيء فلا يحنث بتزوجه بعده وعن أبي يوسف لو قال إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبها ثم تزوجها لا تطلق قال في الكتاب لأنه حنث في الخطبة فهذا يدل على أن اليمين منعقدة وهي رد على من قال اليمين غير منعقدة لأن الشرط أحدهما فأحدهما بعينه صار والآخر لغو نص عليه

فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما

الحنث حتى لو تزوج قبل الامر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بان قال لامرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بالف فقبلت طلقت وفي فوائد شمس الائمة الحلواني لو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق وهذا لانه اعتراض الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فانت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين هل له حيلة فقال ان تزوجها فضولي وقال الله على حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأتين ان تزوجت عليك امرأة فحلال الله على حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق على واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع اخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى ايتهما شاء هذا في النوازل قال في المحيط وفيه نظر وينبغي ان لا تطلق في اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزوج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احداهما يصرفه الى ايتهما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كانه قال ان تزوجت عليك امرأة فكل امرأة لي طالق ومن قال لك امرأتان يقع على احداهما انتهى وفي قوله نظر اما قوله وينبغي ان لا تطلق في اليمين الثانية الى آخره فبناء على ان التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح وانت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق المذكور في النوازل بناء عليه واما قوله وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احداهما الى آخره فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقي لا بدلي فيشمل الزوجين معا فقد جمعهما وزن ويله طلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فقد اوقع الطلاق على واحدة مبهمة فاليه تعيينها واذا قال كل امرأة اتزوجها طالق فزوجه فضولي فاجاز بالفعل بان ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه **قوله** فيصح يمينا او ايقاعا اي فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لانه لا يمين عندنا في الحال وايقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال **قوله** ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهر الوجود اي غالب الوجود عند العقد قوله وهو القوة اي على الامتناع هنا **قوله** والظهور باحد هذين لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فتعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي اي مع وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله للاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على الامتناع فانه لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند العقد لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط اذ لا يقال لم لم يكن العرف موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه يمينا والا فهو على الاحتمال الى ان يموت احدهما لانا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فاذا لم يقع مخيفا لم يقع يمينا فلا يتحقق يمين في الوجود الا بلفظ آخر وفي الاضافة هنا اضافة لزوم نصف المهر ان تزوجها الى ان يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد اورد على هذا قوله اذا حضت فانت طالق فانه يمين مع انه لا حمل فيه لانه ليس بمانع لعدم الاختيار واجيب بان العبرة للغالب لا للشاذ **قوله** والاضافة الى سبب الملك يعني التزوج بمنزلة الاضافة اليه قال شمس الائمة السرخسي لا يصح لان الملك ليس عقيب سببه لو كان الشرط هو ذلك السبب لتقترن الملك بالوقوع والطلاق المقارن لثبوت الملك او لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك او مع موتي بخلاف ما اذا علقه بنفس الملك فانه يتقدم الملك والجواب ما قال محمد وهو حمل الكلام على الصحة اولى من الغاية فيكون قد ذكر السبب واراد المسبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا ان يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وتجويزه او المعين مع اسم منه بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه انه دفع الوارد على قولهم في قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يتم الكلام مضمر التصحيح اذ التقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع كما قال ابن ابي ليلى

والفاظ الشرط ان واذا واذما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما يليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليس بشرط حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر

لان اليمين مفهوم في الشرع او غيره مطلوب فلا يجاوز في تقديره وهذا ينافي ذلك الجواب ويكفي في جواب ابن ابي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى ورود ان يقال لما ان يراد بالسبب المسبب وحقيقته والاولى اتمم اليمين فيلزم شاء في المنقول عن ابي ليلى وعلى الشافعي يردنا قال شمس الائمة والاولى ان يرفع ما قال به ابن ابي ليلى بانه لا طريق الى تحقق تلك الارادة لاستفادة الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا اليمين المذكور في الكتاب الاضافة بل الاولى ان يقال الاضافة الى سبب الملك مراد بها الاضافة الى الملك كما اجاب به محمد رحمه الله **فروع** لو قال ان تزوجتك فانت طالق قبل ان تزوجك ابو يوسف رحمه الله لانه علقه بالنكاح وذكر ما هو منافيه فقدر على تعليقه فلغى ذكر الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ عند الشرط ولو قال لها ان نكحتك انت طالق قبل ان انكحك وتعلق كذا ولو قال لوالديه ان زوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثا فتزوجاه امرأة بغير امره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى ملك النكاح لان تزويج الوالدين بغير امره غير صحيح ولو قال لرجل اجنبية يا دستتي كل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق ولو قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها وتزوج غيرها تطلق **قوله** والفاظ الشرط الخ ومن جملتها لو ومن واي واين وايان وانى وحيثما تجزم الا لو واذا فهو قبل تجزم بها اذا زيد بعدها ما في الشعر انما يجزم باذا في الشعر وكذا لو مثل قوله لو يشاء طار به ذو ميعة لان الشرط مشتق من العلامة بمعنى اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء اشراطها اي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة والاشراط انه بين لفظ علامة وشرط وقوله فتكون علامات على الحنث والحنث يقع عقيب الجزاء فالحاصل ان معنى الفاظ الشرط علامات تجدد الجزاء اي تدل على ذلك لذلك الا ان الاشكل من هذه لفظ لو فانها كذلك في الجملة فانها كان فعل الا ان لذلك كان للمفاد بها امتناع الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك الفعل وجد لاستلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا يجيء الادوات تفيد الوجود عند وجود الا ان لما كانت تدخل حيث وضعت لافادة ان الشرط قد وجد وفرغ منه صحت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام فصحت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده بيان ما فيه معنى التعليق على ما على خطر الوجود لانها افادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليمين وان كان لو قال لو دخلت فانت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشي ويروى عن ابي يوسف ولكن ليس معناه الاصلي الا المشهور ولذا قال بعضهم لا تعليق في الماضي في فروعنا لو قال انت طالق لو تزوجتك تعلق لو اتزوجها وقد ورد في قوله تعالى وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية الآية فذهب بعض النحويين الى تجويزه واكثر المحققين انها ليست للتعليق في الماضي واجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا العدم حصول معنى اليمين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلما وليست شرطا للثبوت معنى الشرط مساواة وهو التعليق بامر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة للاسم الذي اضيف اليه **فروع** قال انت طالق لولا دخولك لولا ابوك او مهرك لا يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقتك بالامس لولا كذا واعلم ان وضع وجوب الفاء لا تحقق التعليق الا بها الا ان تتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في انه هو الجواب او تفسير الجواب بعده والمقدم دليله واما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا بد من اعتبار الجواب فاذا قال ان دخلت الدار انت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه وعن ابي يوسف ما لا يتجوز حمل الكلام على الفائدة فتضمن الفاء كما في قوله من يفعل الحسنات الله يشكرها وقوله باذا اجابت لو فانه تجوز ولغو الشرط ممتنع بمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان ذكره في النهاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح ويحمل الواو على الابتداء

قال: وفي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه إلا في كلمة كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية

وفيه ضعف لأن مهما لا تستعمل إلا في أصل الكلام وهو موضع الفاء جمعت مواضعها في بيت هو طلبية واسمية وبجامد وبما ولن وبقد وبالسين
واجبت ذكر بعض زيادة على ذلك وإيضاحه لبعضهم فنظمها في ثلاثة أبيات هي هذه تعلم جواب الشرط حتم قرانه بفاء إذا ما فعله طلبا أتى كذا
جامدا أو مقسما كان أو بقد ورب وسين أو بسوف ادر يا فتى أو اسمية أو كان منفيا بما أو ان أو لن ومن يجد جامدا فقد عتى ولو أخر الشرط
ولو حذف الفاء في الشرط بأن قال إن دخلت الدار أنت طالق لا رواية فيه فيمكن أن يقال تنجز لأن الفاء صلة ويمكن أن يقال تعليق لأن الفاء حرف تعليق ويجب
الحكم مع حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الرازي مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ إلا أن ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق
آخذا كل مدلول اللفظ فلا يثبت إلا بالنية وهو الفاء وإن كان حرف تعليق لكن لا يوجبه إلا في محله فلا أثر لها هنا ولو قال أنت طالق إن تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به
وعند أبي يوسف لا لأن ذكره بيان لإرادة التعليق ولو قال أنت طالق وإن دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط إلا أن ذلك في غير المعينة فمثل
المرأة التي أتزوجها طالق أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لأنها للتعليل ولا يشترط
وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي أنها بمعنى إذا فاستدل الإمام بقوله يمنون عليك أن أسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه
وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وقول محمد أولى إذ الأصل الحمل ولا كما دو وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال
أنت طالق وإن دخلت طلقت بكل حال لأن الواو في مثله للعطف على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره إن لم تدخلي وإن دخلت
وهي الوصلية فتقع في الحال بقوله أنت طالق إن دخلت وبقوله دخلي الدار أنت طالق يتعلق بالدخول لأن الحال شرط مثل قوله إلى الفاء وأنت طالق لا يتعلق

تقدير مني **قوله** ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط وإذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث
مرة أخرى إلا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس وقال بعضهم في متى إنها تفيد التكرار كقوله متى تأته تعشو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد والحق أنها إنما
تفيد عموم الأوقات بمعنى أن أي وقت تأتي تجد ذلك ففي متى خرجت فأنت طالق المفاد أن أي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق
فإذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر إلا لو أفادت التكرار وإن مع لفظ أبدا صودي لفظ متى بانفراده فإذا قال إن تزوجت فلانة أبدا
فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا أجاب أبو النصر الدبوسي ومن غرائب المسائل ما في الغاية من قال لنسوة له من دخل
منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به عموم الفعل عرفا مرة بعد أخرى واستشهد له
بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا لإفادة العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد وبما ذكر محمد في السير الكبير إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين
فله سلبهما واستشكل بأن العموم في الأول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع إليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فهم لذلك لا لما ذكر وعموم الثاني بدلالة الحال
وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل قيل فالأولى الاستشهاد بقوله تعالى وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد
في كل مرة فقط ليعارضنا ذلك التكرار لعموم الاسم الذي نسب إليه فعل الشرط وإلا فعن أن العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء
في الأول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف
كل امرأة أتزوجها حيث يعم لعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة **قوله** إلا في كلما تتكرر ومن لطيف مسائلها إذا قال
لامرأته كلما فعلت كذا فأنت طالق فطلقها الثلاث يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقي عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث في المعتق

ومن ضرورة التعميم التكرار **قال** فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح
لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة
فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور **قال** وزوال الملك بعد اليمين
لا يبطلها لأنه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لأنه وجد الشرط والمحل قابل
للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وإن اختلفا في الشرط فالقول قول
الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول
قولها في حق نفسها مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس
أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها

أن الشرط في الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرار الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لا يزيد على الثلث فيقتصر عليها وفي الأولى اقتضى تكرار الجزاء بتكرار الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق
لوجود الشرط فيقع تطليقتان إحداهما بحكم الإيقاع والأخرى بحكم التعليق **قوله** ومن ضرورة التعميم التكرار أورد في كل عموم ولا تكرار فيها فإنه لو قال كل
امرأة أتزوجها طالق فتزوج امرأة طلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق وإنما الوقوع على امرأة أخرى يتزوجها فيها باعتبار عموم الاسم لم يتكرر شيء من
نفس الشرط وأجيب بأن المراد تعميم الأفعال والتكرار من ضرورته لأنه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الأمثال من واحد **قوله**
ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة أبدا لأن الشرط ملك يحدث في المستقبل وهو غير محصور كما أوجبنا
بعد ملك الثلث فيتبعه حكمه وعن أبي يوسف في المنتقى إذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة طلقت فإن تزوجها ثانيا لا تطلق إلا مرة واحدة
ولو قال ذلك للمعينة كلما تزوجتك وتزوجت فلانة تكرر دائما واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة وإلى كل
أن كلما عند أبي يوسف إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة وحقيقة البحث إعادة واتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا انتسب فعلها إلى منكر فإن قلت
بينهما فرق فإن كلا يقتضي عموم الأسماء وعموم الأفعال تثبت ضرورة وكلما تقتضيه في الأفعال وعموم الأسماء تثبت ضرورة فإذا وجد في المنكر
اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر بنفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء وفي كلما إذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة
سواء تعلقت بالمتعلق به الأول أو لا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ولا حاجة بنا إلى النظر إلى سببه إذ المقصود أنه ثبت العموم
في الأفعال والأسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ما قرروا في ركب القوم دوابهم وجعلوا أصابعهم
في آذانهم فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسألة وبين ما قاس عليه
من المسألتين ويدفع بأن انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتف لأن دائرة عموم الأفعال أوسع لأن كثيرا من أفرادها يصح التكرار من
شخص واحد فعند فرض عمومه بكلما لا ينقسم كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب **قوله** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها حتى
لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا إذا قال لعبده إن دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل
عتق ولا بد من تقييد عدم البطلان بما إذا زال الملك بما دون الثلث أما إذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت فلا تطلق على ما سيأتي ثم
إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين إلى آخر ما في الكتاب وهذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلث خلافا لزفر كذلك يبطل بلحاق المرتد بدار الحرب
عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما وثمرة الخلاف فيما لو عاد تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينتقص
من عدد الطلاق شيء عنده وينتقص عندهما **قوله** وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو
عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق وعلى هذا لو قال إن لم تدخلي اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وإن كانت متمسكة بالأصل
وهو عدم الدخول ولو قال إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت لم تجامعني وقال فعلت فالقول له مع أنها متمسكة بظاهر من عدم الجماع خصوصا
في الحيض المانع الموجب إلى عدمه لكونه ينكر الطلاق واستخرج منها ما في النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت فالقول قولها خلافا لزفر فهذا أيضا
أصل كلي بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها لأنه أخبر بما هو لا يملك
إبطال حكم وقع بعد وجود السبب في المضاف إليه أما الأول فإن المضاف سبب في الحال وأما الثاني فلأن الوقت وقت طلاق السنة باعتراض ما

كما قيل في حق الوطء والغشيان ولكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها ولكن لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله
في نار جهنم فأنت طالق وعبدي حر فقالت أحبه أو قال إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت هي ولم يعتق
العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها إن تعلق الحكم بإخبارها
وإن كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الأصل وهو المحبة وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى
يستمر ثلاثة أيام لأن ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لأنه بالاستمرار عرف أنه من الرحم

بأن الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها عند الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى وعن أحمد لا يقع ويختبرها النساء بإدخال قطنة في فرجها
في زمان قالت ذلك فيه ووقع بأنها أمينة مأمورة بالإظهار في رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن تحريم كتمانها أمر بإظهارها
وفائدة الأمر بالإظهار ترتيب أحكام المظهر وهو فرع قبوله مع أن إدخال القطنة لا توصل إلى علم ولا ظن بجواز أخذه من خارج تحملت
قوله فطلق فلانة هذا إذا كذبها الزوج فإن صدقها طلقت فلانة أيضا وكذا في جميع نظائره قوله كما في حق العدة أي انقضائها حتى لو طلقها
طلاقا رجعيا ثم أراد رجعتها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت تنقطع حق الرجعة أو قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله
جاز له تزوجها إذا غلب على ظنه صدقها والغشيان أي حل الوطء وحرمته فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل وقالت للمطلق ثلاثا تزوجت
بثان ومضت عدتي حلت له لا يقال لا تكون حاضت ولا فعلى الأول يقع عليهما وعلى الثاني لا يقع واحدة منهما لأنا نقول المنظور إليه في قبولها الإخبار
به أنها أمينة وفي حق ضرتها حقيقته شهادتها على ذلك شهادة فرد وإخبار بما لا يسري في حقها التكذيب لا يبعد في أن يقبل قول الإنسان
في حق نفسه لا غيره كأحد الورثة إذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه إن لم يصدقه الباقون والمشتري إذا أقر بالبيع للمستحق لا يرجع
بالثمن على البائع هذا وإنما يقبل قولها إذا أخبرت بالحيض حيث لم تتم أبدا الانقطاع فلا لأنه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله إن حضت
حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي في الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها
ولا يقع لأنها أخبرت من الشرط حال عدمه لا يقع إلا إذا أخبرت من الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فيقع وهذا لأنها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر
من الحيض والطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بها فلا تكون هي مؤتمنة حال عدم تلك الأحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه
إذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدقهما فإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة وإن كن ثلاثا فقال
ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن إلا أن يصدقهن وكذا إن صدق واحدة منهن فإن صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن
أربعا والمسألة بحالها لم يطلقن إلا أن يصدقهن وكذا إن صدق واحدة أو ثنتين وإن صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والأصل أن
حيض الكل شرط لوقوعه عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وإن حاض بعضهن يكون ذلك بعض الشرط فلا يثبت الحكم فلا يثبت إن قلن حضنا
لا يثبت حيض كل واحدة إلا في حقها إلا أن يصدقها فيثبت في حق الكل وإن صدق البعض وكذب البعض تطلق فإن كانت المكذبة واحدة
فقط وجد تمام الشرط في حقها لأن قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لأن المكذبة لا يقبل قولها في غيرها
فلم يتم الشرط في غيرها وإن كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لأن كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها إلا في حق نفسها فكان الموجود بعض
الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا قوله وكذلك إذا قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله إلى قوله لما بينا يريد أنها أمينة في
حق نفسها شاهدة في حق ضرتها قوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فأما هنا فكذبها متيقن فكيف
يحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط أجاب بمنع تيقنه فإن الإنسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال إلى درجة يحب الموت فيها
فجاز أن يحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمني الخلاص بالعذاب ولو قال لها إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق
فقالت أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسألة الكتاب وقال محمد

فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى ان تاخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخليفة فتقابل عدم امكان الوقوف على ما في قلبها اوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفي الظهيرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان امكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته انت طالق ان كنت تحبين كذا ثم قال لست احبه كاذبا فهي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل الشيخ هذا بانه ان لم تعلم ما في قلبها لم يعلم ما في قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا ان القلب متقلب لا يثبت على شيء فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الحقيقة كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه واعلم ان التعليق بالمحبة انما يفارق التعليق بالحيض في انه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت احبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحيض لا يقتصر على المجلس سائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة **فرع** في الجامع الاصغر قال الفقيه ابو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فانت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت او لم يكن لان الزوج في الغالب لا يريد الا ايذاءها بالطلاق كما آذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان كنت قرطبان فانت طالق تعلق وان قال اردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى اهل بخارا على المجازاة دون الشرط **قوله** فكان حيضا من الابتداء فيجب على المفتي ان يبين سؤاله فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم وكان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد وجني عليه بعد رؤية الدم قبل ان يستمر فانه اذا استمر ثلاثة ايام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الاحرار ولا يحتسب منه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم ان يقع الطلاق بعد بعضها **قوله** ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر اي يحكم بطهرها من هذا الفرق لما قال بين ان حضت حيضة فانت طالق وان حضت حيث لا يكون الا وقت حيضا لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال او ما يقوم مقامه من صيرورة الصلوة دينا في ذمتها وللعشرة بمجرد الانقطاع **قوله** لان الحيضة بالهاء هي الكاملة من هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزى خلافا لزفر فعنده تطلق بحيض خمسة ايام للتيقن بالنصف قلنا هذا النصف نصف مدته لا النصف العددي ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال لطاهر انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض فتطهر لان اليمين تقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه فما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناوله الماضي بخلاف قوله انت طالق قبل ان تحيضي حيضة بشهر حيث تعلق فاذا حاضت فلا تطلق ... الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار اذ لم يقل اذا صمت يوما او شهرا فيتعلق بالمسمى الشرعي وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعته بعده وكذا اذا صمت في يوم او في شهر لانه لم يشترط كماله بخلاف ما اذا قدره بمعيار كما اذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظيره اذا صليت ما اذا صمت صيام ... لانه مقدر بمعيار واذا صليت صلوة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة ولو ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما الاول لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لان الطلاق ...

وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف
فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الأولى وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا
في غير الملك فلا يقع أو وجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لأن الجزاء لا ينزل إلا في الملك فلا يقع أو وجد الأول في
غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية له اعتبار الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا أن صحة الكلام
بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط
لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة

لانقضاء العدة لا يقع وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر للزيادة وتقرير المسألة واضح من الكتاب وعن الشافعي رحمه الله من أنه يقع الثلاث ولعل
المرجح ما قيل مبني أن لا يعول عليه لأنه مستحيل عادة فإذا فرض أن تحقق ولادتها معا وقع الثلاث وتعتد بالأقراء ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدري
أولا يقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لأن الغلام إن كان أولا تطلق ثلاثا واحدة به وثنتين بالجارية الأولى لأن العدة لا تنقضي ما بقي
في البطن ولد وإن كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية شيء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى ولا يقع شيء بالغلام لأنه حال
انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية تلزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لأنه إن كان الغلامان
أولا وقعت واحدة بهما ولهذا لا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الأخيرة لانقضاء العدة وإن كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام
بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة ولو قال إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وإن كان جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لأن حملك اسم جنس مضاف فيعم الكل
فما لم يكن الكل غلاما أو جارية لا يقع كما في قوله إن كان ما في بطنك غلاما والمسألة بحالها كقوله إن كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فكذا
فإذا هو حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال إن كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث في الجامع لو قال إن ولدت ولدا فأنت طالق وإن كان الذي تلدينه
غلاما فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لأن المطلق موجود في المقيد في قول الكل والشافعي رحمه الله. قوله وإن قال لها إن كلمت
أبا عمرو وأبا يوسف حاصل مبنى الخلاف أنه إذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو إن دخلت هذه الدار وهذه هل اشترط للوقوع
قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر رحمه الله عند كل منهما وقياسه فيما إذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل أن يقول
إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق فإن الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق واحد إلا أن يجيء كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسألة إذا حضتما فأنتما طالقان
في الكنز مسألة الكتاب من تعدد الشرط لا من غيره لأن تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فإنما
لو كانا شيئا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعددها بالقوة وجه قول زفر رحمه الله اعتبار الأول من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عندها إذ هما في
حكم هذا الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم وإنما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الأهلية قيام الملك في الحال
أو الإضافة إلى سبب الملك ليصير الجزاء في الأول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا إلى ظهور الاستصحاب وتيقنه في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليمين
وهو بالإضافة الحاملة على الامتناع أو الفعل فلهذا امتنع الاحتياج في بقائها إلى ذلك لأن بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة فإنما يحتاج إليه لتحقيق الحنث
أو الحنث لا يثبت إلا عند الأخير فاشتراط الملك إلا عنده وهذا وعد المصنف في أوائل الكتاب وإذا الشرطان فحقيقتها حقيقة تكرار إتيانهما وهو على
وجهين بواو وبدونها الثاني كقوله إن كلمت إن لبست فأنت طالق لا تطلق ما لم تلبس ثم تأكل فيتقدم المؤخر وهو الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط ومعنى
في الجامع قال إن أكلت إن شربت فأنت طالق وإن كلمت فلانا فأنت طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلانا ثم أكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتقديم الجزاء فالكلام شرطا
والشرط بعده الأخير أصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم المعنى إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت
أن أنصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها فالجواب أحللنا لك امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي فالمعنى
إن أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها وجه المسألة أنه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا فيتوقف الجزاء لعدم العطف وإن روي عن
محمد في غير رواية الأصول أنه جعل من هذا القبيل مقتضيا آخر كل شرط في موضعه وهو اختيار الإمام من الشافعية لأن الأصل عدم التقدير إلا بدليل والكلام في

وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلقات وهو قول زفر لأن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما
فتعود إليه بالثلث وعند محمد ومن تبعه لا يهدم ما دون الثلاث فتعود إليه بما بقي وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى وإذا قال لها إن دخلت
الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث
لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر
عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل وإذا كان الجزاء ما ذكرناه
وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله

الثلث والشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء لعدم الفاء الرابطة فتعين التقديم والتأخير وهو شائع من أدوات الحرف لأنه لتصحيح المنطوق من غير زيادة شيء آخر
فكان قوله إن كلمت مقدما من تأخير لأنه في حيز الجواب فالتأخير والتقدير إن لبست فإن كلمت فأنت طالق وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التنجيز في مثل إن دخلت
هذه الدار طالق وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف ومن لزوم الإضمار للفاء يجب أن لا ينعكس الترتيب في التجريد لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت
فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا وهي في العدة طلقت انتهى وهو على
الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا إذا قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لا تطلق
حتى تسأل ثم يعد ثم يعطي لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني إن وعدتك إن أعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي
رحمهما الله ومن الحنابلة من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بإذا فإن كان بإن تعلق لوجودها كيفما كان لأن الموقوف في ذلك إذا [illegible] وإذا قال أنت طالق
إذا قدم فلان وإذا قدم فلان [illegible] ذكر [illegible] قدم أولا [illegible] الطلاق [illegible] قوله أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود
الشرط والجزاء والشرط الثاني لا جزاء له فإذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه وتعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة فلهذا
لو قدما معا لم يقع إلا طلاق واحد وكذا إذا أدخل الجزاء بين الشرطين فقال إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان لما سبق ثم لا يقع عند الشرط
الثاني شيء إلا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطليقة فيقع أخرى عند الثاني وإن أخر الجزاء فقال إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لا تقع
حتى يقدما لأنه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصار شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما لأنه لو وقع بأحدهما صار عطفا على اليمين لا على
الشرط فقط فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته وبنية تقسيم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فلهذا إذا عطف بالواو [illegible]
كان الجزاء شرطا واحدا كما في مسئلة الكتاب إلا أن ينوي وقوع الطلاق بأحدهما [illegible] كذا في شرح الزيادات تنبيه يشترط في صحة
الشرط الاتصال كالاستثناء وحروف الحشو بين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق يتعلق استحسانا
وقال الكرخي ينبغي أن لا يتعلق على قوله لأن الثاني لغو كقوله حر وحر إن شاء الله على قوله والجواب أنه تأكيد بخلاف حر لأن التأكيد بلفظه لم يكن
بالواو فلما أتى بها كله حر وحر إن شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا أن السكوت واللغو لا يمنعان العطف ما دام في المجلس كذا في الذخيرة لأن العطف غير
مفيد لن يقربه بخلاف الشرط والاستثناء وإذا تعقب الشرط جملا [illegible] ليست إيمانا تامة كما ذكرنا ومن قريب يتقيد الكل إذا قال أنت طالق وعبده حر إن كلمت
فلانا تعلق كل منها ومن هذا إذا قال أنت طالق واحدة وثنتين إن شاء [illegible] إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلث **قوله** وإن قال لها إن دخلت الدار
فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين إلى آخره فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث أما عند محمد فلأنها
واحدة بها تكمل الثلث وأما عندهما فالثلث المعلقة بواسطة ملك الثنتين بالعدم مع الواحدة الباقية وإنما تظهر فيما إذا طلق طلقة واحدة ثم تزوجت
بغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط فعند محمد تحرم حرمة غليظة وعندهما لا إذ يملك بعد [illegible] ثنتين **قوله** وسنبينه من بعد [illegible] هناك
إن شاء الله **قوله** ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لما قدمنا من أن اليمين إنما تتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتتحقق [illegible]
عند [illegible] الطلقات الثلاث عدم العود [illegible] موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم [illegible] إلى الأول [illegible]
فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقيد الإطلاق به [illegible] اليمين [illegible] الثلث

ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا فإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالإجماع لوجود الجماع **فصل في الاستثناء**

عن المحلية له وهنا تحدث محليتها بعد الثاني فصار كالمرتدة تحدث محليتها بالإسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فجعلت بستانا أو حماما لا تبقى اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده إن دخلت فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لأن محليته بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما إذا طلقها اثنتين في المسألة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت إليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لأنه استفاد حلا جديدا يملك به الثلاث لأن عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها إليه اهـ وبعض أفاضل أصحابنا أنه يجب أن لا يقع إلا واحدة كقول زفر لقولهم المعلق طلقات هذا الملك لأن الفرض أن الباقي من هذا الملك ليس إلا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فإنما تقع واحدة لأنه لم يبق في ملكه سواها والجواب أن هذه مغلطة والمعنى أن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث ما دام ملكه بها فإذا زال بقي المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فإذا نجز ثنتين ولا شك أنه ملك ثلاثا فبقي المعلق ثلاثا مطلقة وبقيت محليتها وأمكن وقوعها وهذا ثابت في تنجيز الثنتين فيقع والله أعلم وبخلاف ما لو قال إن دخلت فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لأن الظهار تحريم الفعل لا المحل لا صلة إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح أما الطلاق فتحريم المحل وقد فات بتنجيز الطلقات **قوله** ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر أي العقر بسبب اللبث بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله وكذا إذا قال لأمته إن جامعتك فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فإذا مكث بعده لا يجب عقرها وعن أبي يوسف أنه أوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فيبقى العقر وجه الظاهر أن الجماع الإدخال وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم الابتداء بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال إلا أن الحد لم يجب لشبهة الاتحاد أي فيه شبهة أنه جماع واحد فكان كالواحد وأوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد فإذا امتنع الحد وجب المهر لأن التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسألة رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي يوسف خلافا لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد أن الدوام ليس تعرضا للبضع على ما تقدم فلم يوجد سبب مستأنف للرجعة بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فإنه يصير مراجعا بالإجماع وعن محمد لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فإن لبث على ذلك ولم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

فصل في الاستثناء هو بيان بإلا وأخواتها أن ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع وقد يسمى المفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على أنه متواطئ وعلى أنه حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز في البعض غيره ويراد الكائن بعض الجنس في المتصل فيقيد بغيره في المنقطع ولا وجه لكون الملاحظ في أن لا حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس أيضا بالتواطؤ والاشتراك اللفظي فإنه يخالف معنى لفظ استثناء فإنه لا إلا بل حاجة إليه وألحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من إثبات موجبه إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض ثم قدم مسألة إن شاء الله تعالى لمشابهتها الشرط في منع الكل وذكر أداة التعليق لكن ليس [illegible] أنه منع الكل [illegible] والشرط [illegible] تقييد [illegible] ثم إن دخلوا [illegible] في بحث التعليقات ولفظ الاستثناء [illegible] قال تعالى ولا يستثنون أي لا يقولون إن شاء الله [illegible] الاستثناء [illegible] في فصل الاستثناء [illegible]

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق

لو قال اعتقوا عبدي من بعد موتي ان شاء الله لا يبطل الاستثناء في قول محمد ولو قال بيعوا عبدي هذا ان شاء الله كان الامر به قيل ان لا يصح
يقع ملزما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا لذلك والامر لا يقع ملزما بالقدرة على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ليبطل اعتبار صحته وعن الهندواني
كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غد ان شاء الله له ادامة تلك النية
وهل يشترط في صحته تصحيح حروفه وان لم يسمع او ان يسمع هو نفسه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلوة **قوله واذا قال لامرأته انت طالق**
ان شاء الله الخ وكذا اذا قال ان لم يشأ الله او ما شاء الله او فيما شاء الله او الا ان يشاء الله او ان شاء الجن او الحائط وكل من لم يوقف على
مشيئته لم يقع اذا كان متصلا فلا يفتقر الى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكي فيه عندنا خلاف قال خلف يقع وقال اسد لا يقع وهو
الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت ابا يوسف في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت لم قال رأيت لو قال انت
طالق فجرى على لسانه او غير طالق كان يقع قلت لا قال كذا هذا ولم يذكر ما لو قال ان شاء الله لما ذكر له صار كسكوت البكر اذا زوجها ابوها فسكتت جاهلة بان
ان السكوت معنى يمضي به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل تشترط نية الاستثناء من اول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه
وقيل ولو بالقرب من الكلام والمشترط اتصاله به واعلم ان ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه ان تطلق واحدة رجعية لان الذي
هو ما شاء الله من الواقع واحدة او ثنتين او ثلثا ولا شك في انت طالق المذكور فصار كقوله انت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفا فيأتي [illegible] شرطية
بلا تعليق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالنحو لا يخلو عن نظر وانما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة اذا كان الاظهر كونها المصدرية الظرفية
ليسرع تعليقه بالمشيئة لكن الثابت كثرة استعمالها موصولا اسميا ثم لا يقع قضاء ولا ديانة اذا قلنا بتساوي استعمالها والاخير اذا اريد
الظرف اما اذا لم يكن له نية فينبغي ان يقع وعلمت انه لا يحتاج الى نية اما لو قال ان شاء زيد فهو تمليك منه يقتصر فيه مجلس علمه فان شاء في مجلسه طلقت
ولا يخرج الامر من يده وكذا الا ان يشاء زيد او يريد او يحب او يرضى او يهوى او يرى او الا ان يبدو له غير ذلك تقتصر بمجلس العلم ويعتبر في ذلك
كالاخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لان المشيئة واخواتها امر باطن وله دليل وهو العبارة فقيام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا
اذا اضاف المشيئة والثلثة بعدها اليه تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله وارادته ومحبته ورضاه لا يقع لانه بمعنى التعليق اذ الباء للالصاق
والكائن في التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان اضاف الاربعة وما بعدها بالباء الى العبد كان تمليكا وان قال بامره او بحكمه او بقضائه او بارادته او بعلمه او بقدرته
وقع في الحال سواء اضافه الى الله تعالى او الى العبد لانه يراد به في مثله التنجيز عرفا وان قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء اضافه
الى الله تعالى او الى العبد لانه تعليل للايقاع كقوله طالق لدخولك الدار وان قال بحرف في ان اضاف اليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها الا في قوله طالق
في علم الله تعالى فانه يقع في الحال لان في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع الا في العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع والله لا يصح نفيه
عنه تعالى بحال فكان تعليقا بامر موجود فيكون تنجيزا او لا يلزم القدرة لان المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيئا ولا يقضيه حتى لو اراد
حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي ولا وجه ان يراد العلم على معلومه واذا كان في علمه انها طالق فهو فرع تحقق طلاقها كما
يقول القدرة على مقدورها ولا يقع الا بمعنى انت طالق في قدرة الله ان في قدرته تعالى مقدوره وذلك لا يستلزم تحقق [illegible] فقال المناسب ان
في قدرته تعالى صالحة مع عدم تحققه في الاول فيما يقتضيه ان اضاف الى العبد يعني كان تمليكا في الاربع الاول [illegible] تعليقا في [illegible]

لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

الاواخر ولا يخفى ان ما ذكره في التجنيس يقول في علم الله ياتي في قوله في ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشاء الله لم يقع شيء لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثاني علق بانه لو وقع لم يشاء الله فبعدم الشرط فارتفع فكان في تقييد الطلاق لو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشاء الله فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فيثبت انه لم يشاء الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى والمسئلتان مذكورتان في النوازل ثم قال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشا في اليوم فطالق ثلثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا وتوجيهه ما بيناه قال ولو لم يقيد باليوم في اليمينين فمات الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلثا بلا فصل وقد ظن انه يخالف مسئلة النوازل آخر الجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلث بعدم مشيئته الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبيل الموت اذ لو شاء الله التطليقتين لاوقعها الزوج وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله تعالى اياهما فلا يتحدان ابدا **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام من حلف بطلاق الخ غريب بهذا اللفظ ومعناه مروي اخرج اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنث عليه واخرجه احمد والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن وقد رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع عن ابن عمر موقوفا ومن سالم عن ابن عمر موقوفا ولا نعلم احدا رفعه غير ايوب السختياني ثم قال اسمعيل بن ابراهيم كان ايوب احيانا يرفعه واحيانا لا يرفعه انتهى وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع ثم اعلم ان مالكا رح يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله والاستدلال بالحديث على اليمين انما يتم في مجرد انت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان واما ما اخرج ابن عدي في الكامل عن اسحق بن ابي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن ابي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته انت طالق ان شاء الله او لغلامه انت حر ان شاء الله او على المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول باسحق هذا ونقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ثم لم يعلم توثيقه عن غيرهما واخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه وضعفه عبد الحق بحميد وهو ذو طرق الضعف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي **قوله** لانه اتى بصورة الشرط اي بحرفه دون حقيقته لان مشيئته الله تعالى اما ثابتة قطعا او منتفية قطعا فلا تتردد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة وانه اعدام اي التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط **قوله** والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل يشير الى ان التعليق بالمشيئة ابطال هو قول ابي حنيفة ومحمد كقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال اذا شاب الغراب اتيت اهلي وصار القار كاللبن وعند ابي يوسف تعليق لاخلفه للصيغة وهذا الاخفاء المعنى وهو اصل وقد نقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد على عكسه وثمرته تظهر فيما لو قدم الشرط فقال ان شاء الله انت طالق تعلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تعلق على الابطال وفي شرح الجامع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاحش بخلاف قوله ان شاء الله فانت طالق فيه فيما اذا جمع بين يمينين فقال انت طالق ان دخلت الدار وعبده حر ان كلمت فلانا ان شاء الله على التعليق ينصرف الى الجملة الثانية فلو كلمت عبد الا يعتق ولو دخلت الدار وقع وعلى الابطال الى الكل لعدم

ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول

الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا ودخلت الدار لا يقع ولو ادخله على الايقاعين فقال انت طالق وعبدي حر ان شاء الله ينصرف الى الكل
فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع اما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال واما عند ابي يوسف رح فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين
يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضي خان الفتوى على قول ابي يوسف رح
الا انه يؤدي اليه الابطال فتحصل على ان الفتوى على انه ابطال **قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول** اي بان سكت كثيرا لا ضرورة بخلاف ما اذا سكت
لتنفس او سعال او كان لسانه ثقيلا بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل باللغو تعلق مثاله قوله انت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان التكرار للتاكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول ان قوله وثلاثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء
فتطلق ثلاثا وعلى هذا الخلاف عبده حر وحر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف للتاكيد وقياسه لو كرره ثلاثا
بلا واو ان يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيري انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح
حر لقوله تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء الله طلقت ثلاثا عند
ابي حنيفة رح وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق اربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس بلغو
لانه يثبت به تكميل الاول ولو قال ثلاثا وواحدة او والبتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثلث لغو وعن محمد يصح هذا وقد اشار الى خلافه في الفصل
بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا اكلم فلانا استغفر الله ان شاء الله فهو مستثنى ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو اراد ان يحلف
رجلا ويخاف ان يستثني في السر يحلفه ويامره ان يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله او غيره من الكلام والا وجب ان لا يصح الاستثناء بالفصل
بالذكر ولو قال بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله صح وان يقول فسد انسان فاه ساعة ثم اطلقه فاستثنى متصلا بعد ذلك
وعن هشام سالت محمدا عمن قال لامراته انت طالق ثلاثا وهو يريد ان يستثني فامسك غيره فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة اذا لم يستثن
بعد التخلية ولا يكتفي بذلك للفصل واشتراط الاتصال قول عامة العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس رض جوازه الى سنة وعنه ابدا وقال سعيد بن [illegible] و
ابن جبير الى اربعة اشهر وعن الحسن البصري تقييده بالمجلس وهو قول الاوزاعي استدل للاول بحديث سليمان عليه السلام لاطوفن الليلة على تسعين
امراة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي الى ان قال صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا اجمعين فلما جعل قول الملك له قبل
فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث
فقال له العباس الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في اسرى بدر لا ينفلتن احد منهم الا بفداء او ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل
بن البيضاء فقال الا سهيل بن البيضاء وما اجيب عن هذين بانه كان على جهة النسخ ورفع الحكم [illegible]
[illegible] الحكم بنفسه [illegible] بانه وافق الشرع التعبد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقيد له جملة [illegible] مدلول عليها
لانه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه ابو داود انه صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال
ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بان كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لا يحلف على يمين فيرى
غيرها خيرا منها الا اتى الذي هو خير وكفر [illegible] ان عدم غزوهم خير [illegible] فعل ما حلف عليه [illegible] الطلاق [illegible]

فيكون كالاستثناء او لو ذكر الشرط بعد سكوت جملة لا يحل قال وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل

عليه الجواب هو محمول على الاتصال لما عرف لعلى لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله ولو امكن صرف لفظ الحديث الى ما يقوله فكيف وانقطع عليه حيث قال
بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم يوجبه ايضا اللوازم المذكورة في الاصل من انه يستلزم ان لا يحكم بوقوع طلاق
ولا عتاق ولا اقرار بمال مما لا يحصى من اللوازم الباطلة وبذلك اجاب ابو حنيفة رضي المنصور حين عاتبه اذ بلغه انه يرد راي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء
المنفصل فقال انما صنعت هذا من مخالفته فيما تحسين الخلافة عليك ومنع خروج الحالفين لك من الخروج عليك لا جائز لهم ان يستثنوا اذا خرجوا
من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في انه اذا قال متصلا بقوله طالق او حرة ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك واحمد في ظاهر الرواية
عنه تنجيزا لانه علقهما بشرط محقق لانه لو لم يشأ الله كلا من الطلاق والعتاق لم يمكنه التلفظ به وتوضيحه انه اذا اراد صدور اللفظ عنه فقد شاء الله
صدوره وان اراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة انه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان اراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئة قديمة
عند اهل السنة والجماعة فكونه انما تتجدد محال والحجة لنا ما رويناه وفيما من المعنى والجواب عن تمسكه انه لم يعلقه بمحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله
تعالى وبخلاف اذا ادعى تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئته الله قوله فقد حكمت الشريعة الخ ليس على اطلاقه اذ التعليقات من نحو انت طالق ان قدم زيد او دخلت
الدار وجد فيه لفظ الطلاق مع انه لم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالاجماع وما نحن فيه من هذا القبيل قوله فيكون الاستثناء او ذكر الشرط الخ انما نوع لما ذكرنا انه على
قول محمد استثناء وعلى قول ابي يوسف تعليق على ما هو صحيح النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان وخالت فلعله على ان تصدقها
بما به نشبه قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الامثال ما ليس له حقيقة وان المثل للتشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال
قال وبه ناخذ الا ان يريد الايجاب على نفسه **فروع** طلق او خلع ثم ادعى استثناء او شرطا فلا منازعة في انه اتصال
فالقول قوله وكذا اذا كذبته المراة فيه ذكره في الحاوي للامام محمود البخاري ولو شهدا عليه بانه طلق او خالعها بغير الاستثناء
او قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة
الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا تسمع دعوى الاستثناء
اذا عرف الطلاق بالبينة بل اذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده اعتقتك امس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي فتاوى
النسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقتني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك
انت طالق ان دخلت فقالت طلقتني منجزا فالقول قوله وفي الفتاوى الصغرى اذا ذكر الخلع لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق
على مال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام ابي الحسن ان مشايخنا اجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق انه لا يصدق الزوج الا ببينة
لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي انه ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يؤخذ
بما في المحيط من عدم الوقوع وتصديقه وان عرف بالفسق او جهل حاله ينبغي ان يؤخذ بقول المانع لغلبة الفساد في الزمان ولو طلق فشهد شاهدان انه
استثنى وهو غير ذاكر لذلك بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا ياخذ بها قوله وكذا اذا ماتت معطوف على قوله واذا قال
لامراته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق فهو كذا الموت ينافي الى اخره جواب عن مقدر هو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق في
لو قال لها انت طالق ثلاثا فماتت قبل الوصف بالعدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء فهو المبطل فيقع الطلاق اجاب بان الموت ينافي

بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلاثا الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان على درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل

فيبطل به وبه يناسب الاستثناء فلا يبطل به **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم ارادته بان ذكر الآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال يحمل كذبه على الرجل في ذلك او ان يبدو له فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم يرتفع الوقوع فبحثه هذا ان كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذ اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج **قوله** ولو قال الا ثنتين طلقت واحدة وعن ابي يوسف لا يصح الاستثناء لانه استثناء الاكثر وهو قول طائفة من اهل العربية وبه قال احمد قالوا لم تتكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي المخلص بناء على استقراء استعمال القرآن على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التاويل في الآية ممنوع ولو سلم ما فيه ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلكم جائع الا من اطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم صحة عدم استعماله الا ترى انه لم يسمع له مائة الا اثنا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعماله وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي الاجزاء بعد المستثنى وقولهم اخراج من الصدر الى التجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانها تستدعي سبق الدخول فان اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء اذ تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهي قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ولزم ان لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم يكون اما كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع او في الاستثناء ان كان هو المنفي او فالكاذب في احدهما ويستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم بل يكون مرادا بالصدر اعني العام او الكل ثم اخرج ثم حكم على الباقي واذا اريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والاقرينة خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلم بالباقي اي حكم عليه وحققنا في الاصول ان معنى القول الاول انه اريد عشرة وحكم على سبعة في قوله على عشرة الا ثلاثة فارادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم والاوضح المذهب الآخر بزيادة تكلف غير ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلاثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو احد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله اذ لا فرق بين قول القائل على درهم او عشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال اخرج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ما ذكرنا ونسب الى الشافعية والله اعلم فانهم مصرحون بانه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا او حملوه على تاويل بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات يوجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه بحسب الظاهر لا حقيقة الاسنادين فيها والا كان تناقضا فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الباقي فيجب حمل المرجوح عليه كما هو كل معارضة ترجح فيها احد المتعارضين فيظهر انه لم يحكم في صدر الا على سبعة **قوله** ولا يصح استثناء الكل من الكل قيل لانه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ونوقض بانه لو كان كذلك يصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لكنه لا يجوز فيه ايضا لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لم يصح الاستثناء فظهر انه لغيره وهو ما ذكر في الكتاب من انه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا للتكلم بالباقي بعد الثنيا لا للنفي

لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصار كاللفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ولو ثبت هذا في الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقع واحدة وفي الثاني واحدة فيقع ثنتان ولو قال الا ثلاثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم

الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفي انه لنفي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده وما حكي عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر او مساويه كعبيدي احرار الا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضي خان وزيادات المصنف فلو قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن وفي البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلث عند ابي حنيفة رح وعندهما يقع ثنتان وعن ابي يوسف رح يقع واحدة وهو قول زفر رح فكان ابا حنيفة رح يتوقف صحة الاول ان يظهر انه مستغرق والا ارادوا بيان اقتصار صحته على الاولى وابو يوسف في الرواية الاخرى عنه وزفر رح بيان اقتصار صحته على الاولى والثانية وقول ابي حنيفة رح اوجه لان الصدر يتوقف على الجزء ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدده بعد ما خرج شيء ولو قال واحدة وثنتين او ثنتين وثنتين الا ثنتين يقع الثلث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاوليين اخرج الثنتين من الثنتين او الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق في الثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها كما قيدنا الطلاق المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر او مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فان كان صح فانه ذكر في كتاب الولوالجي لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلاثا الا ثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك اسقطت من الثلاث ثنتين فصار الحاصل واحدة ثم اسقطت من الساقط عن الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار ثنتين فقد اخرج من الثلث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم اخرجها من الثلث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلث المستثناة من الثلث لم يبطل بل تتوقف الى ان يظهر استثناء منها فيصح والا فيبطل والله اعلم واصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته ومن فروعها المعروفة له علي عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا اربعة الا ثلثة الا اثنين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين واربعا الا ثلثا يقع الثلث ذكره القدوري واصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ اولا ويتبع الحكم على ذلك التقرير لا في الحكم ابتداء فلو اوقع اكثر من الثلث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اربعا الا ثلثا تقع واحدة او عشرة الا تسعة طلقت واحدة او خمسا الا واحدة يقع الثلث وفي المنتقى طالق ثلثا وثلثا الا اربعا فهو ثلث عند ابي حنيفة وزفر لانه يصير قوله وثلثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند ابي يوسف رح يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد رح كانه قال ستا الا اربعا وذكر شيخ الاسلام انه ينوي فان قال عنيت ثنتين من الثلث الاول وثنتين من الثلث الاخيرة يصح الاستثناء والا فاخراج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية كذلك الحلواني في هذه المسئلة ولا في المنتقى فلو قال طالق ثلثا الا واحدة او ثنتين طولب بالبيان فان مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وهو قول محمد رح وهو الصحيح وفي رواية اخرى ثنتان وما قيل ان هذا يناسب اصل ابي يوسف رح يعني في منع اخراج الاكثر فما لا ينبغي لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية وجه الصحيح انه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة **فرع** اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلثا الا نصف

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعيؒ لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه

تطليقة ويقع الثلث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول ابي يوسف ثنتان لان التطليقة لا تتجزى في الايقاع فكذا في الاستثناء فكانه قال الا واحدة والجواب انه في الايقاع انما لا تتجزى لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزى فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا

باب طلاق المريض لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وبلا جزء وبجزء شرع في بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المريض اجلى من فهمه من قولنا من يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربعة بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفاء **قوله** في مرض موته احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان في الرجعي يتوارثان في العدة وان طلق في الصحة بتمام النكاح قال ابن المنذر اجمع اهل العلم ان في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة واجمعوا انه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات احدهما لا يرثه الآخر بالعدة لانها لا ترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك في قوله ترث وان تزوجت بعشرة ازواج ولابن ابي ليلى في قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول احمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لانها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونها ممن يتوارثان حال الطلاق لان تعلق حقها بماله اذا مرض هو اذ ذاك حتى لو كانت كتابية او امة وهو مملوكا وقت الطلاق لا ترث وان اسلمت في العدة قبل موته او عتق او لو قال في مرضه اذا اسلمت فانت طالق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض اكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فعند ابي يوسفؒ ترث وعندهما لا ترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملا على انه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه ويتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فيرث وعندهما لا يحمل على الزنا وان قالته بل على انه من زوج آخر بعد عدة الاول فتبين ان عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وسياتي المسئلة في ثبوت النسب **قوله** وهي السبب اي الزوجية هي السبب في الارث وقد انقطعت بالبينونة ولهذا لا يرثها اذا ماتت في العدة فلو كانت الزوجية باقية لا تنقضت التوارث من الجانبين وبمذهبنا قال عمرؓ وابنه وعثمانؓ وابن مسعودؓ والمغيرة ونقله ابو بكر الرازي ايضا عن عليؓ وابي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولم يعلم عن صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاؤس وابن شبرمة والثوري وحماد بن ابي سليمان ومالك الا ان الخلاف في الارث بعد العدة كما سبق ولنا الاجماع والقياس اما الاجماع فلان عثمانؓ ورث تماضر بنت الاصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في عدته بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه احد فكان اجماعا وقال ما اتهمته ولكن اردت السنة وهذه الرواية اليق مما روي عن عثمانؓ انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبيرؓ في خلافته لو كنت انا لم ارثها اراد به لعدم علي اذ ذاك بان الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقرير لم يكن اجماعا لانه كان سكوتيا وحين قال ابن الزبير ذلك علم ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها الكنه ولم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء ما ذهب ليعرف له قبل ذلك فتوى مع الاشهرة بفقهاء لكم بذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس هو في مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمانؓ بعد العدة معارض بقول الجمهور

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها

انه كان فيها واما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله او تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فتقدم القياس على الاجماع وهذا القياس لا يتوقف على خصوص قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده او لم يقصده ولم يخطر له واما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث ومورثه بكونه قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد والحكم ثبوت نقيض مقصوده ولذا اختلف خصوص الثابت في الاصل والفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الآمدي لمناسب غريب لم يشهد له اصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل اعني القاتل واما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان اصحابنا راوا ان اشتراط عدم هذه العلة الامكان وهو بقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لابد ان يكون لنسب او سبب هو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم ان بقاءه اما بالحكم ببقائه حقيقة او قيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت عدتها بموته في عدتها والمصنف لم يبين لقياسه اصلا في الالحاق بل قال قصد ابطال حقها ويرد عليه قصده دفعا للضرر ومثله لا يعقل الا ان يكون هناك اصول شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد اصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر اصوله كل من لزم ضررا بطريق غير مباح فانه يرد وذلك طلب الا ان قوله الزوجية سببا رثها في مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها عند موته من مرض او فجاة والوجه ان يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الى آخره **قوله** بخلاف ما بعد الانقضاء اي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث فلم يبق بقاء شيء من آثار النكاح بعدها علي انه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وابي بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت في العدة ويحمل قول ابي بكر الصديق ترث ما لم تتزوج على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة اي ما لم تقدر عليه **قوله** والزوجية الخ جواب عن قولها لئلا لا يرثها اي الزوجة في هذه الحالة اي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فابانت نفسها بان ارتدت مثلا يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لانها لا تقتل **قوله** فيبطل في حقه برفع اللام فيبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت بخلاف ما اذا ابانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية حكما في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه ينعكس الغرض اذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها فبطلت ولكنها ليست بسبب فلا يبطل واذا لم يبطل فيجب ان يرثها وهو لا يقول به احد **قوله** فان طلقها ثلثا بامرها ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بامرها ولهذا عطف قوله او قال لها اختاري فاختارت نفسها عليه فان هذا العقد انما يثبت طلقة بائنة وكذا اذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما في الاولى فلامرها بالعلة واما في الاخريين فلانها باشرت العلة اما في التخيير فظاهر لانه تمليك منها واما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شرط الطلاق مع مباشرة احد جزئي العلة المباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه في مرضه وقد دخل بهما طلقا انفسكما ثلثا فطلقت كل واحدة نفسها

والتاخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا

في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه

بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اقر به واوصى لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة

الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه حتى جاز له ان يتزوج اختها فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته

لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رح

في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج

بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام

وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لانها لم تباشر شرط الفرقة بل الاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى
بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل منها طلاق ضرتها لا طلاق نفسها لخروج الامر من يدها باشتغالها
بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم
اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احدهما بان طلقت نفسها وطلقتها ضرتها ووجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه اجتمع في حقها طلاق
نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه اقوى وكل ما يصلح علة وقد تعذر لا سافيضاف الى كل كان ليس معه غيره ولو قال في مرضه طلقا انفسكما
ان شئتما فطلقت كل منهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما فلا يقع فكانه قال
طلقا انفسكما ان شئتما طلاقهما بخلاف ما تقدم لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك لو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها +
وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلامان منهما معا بانتا
وورثتا لان كلا باشرت بعض العلة هذا كله بشرط المجلس لانه تمليك لو قال في مرضه امركما بيدكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احدهما بالطلاق كمشيئة المشيئة سواء
الا انهما اذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين
فباع احدهما هذا وهنا كفوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان على ما قبل الشرط ولو قال طلقا انفسكما بالف فطلقت كل نفسها وصاحبتها معا
او متعاقبا بانتا بالف يقسم على مهريهما لان الالف متقابل بالبضعين فلا تعتبر قيمته عند الزوج فيقوم بالتزوجها عليه ولم ترثا لان الفرقة لا تقع الا
بالتزام المال فالتزام كل علة لانه شرط الطلاق فكان كل فعل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتا
احدهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مأمورتان بطلاقهما فقد اتيا ببعض ما امرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه
طلاق ببدل فشرط اجتماع رأيهما بخلاف المأمورين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك
بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي **قوله** والتاخير اي تاخير محل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولذا لو حصلت
الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج
فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فاجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين
ابن الزوج لا ترث الا ان يكون ابوه امره بذلك فقهرها كرها فانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي
مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق او البلوغ ورثها لانه من قبلها ولذا لم يكن طلاقا وفي الينابيع
جعل هذا قول ابي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه واورد ينبغي ان لا يرثها اصلا
لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة واجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه تبقى النكاح
في حق الارث وضعا للغرض عنه ورد القصد الى ابطال حقه كتعجيل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث
امرأة الفار ثلاثا اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية اكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو اكره على سؤالها الطلاق
ترث **قوله** وان قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام حاصله مسئلتان ما اذا تصادقا في صحته على طلاقها وانقضاء عدتها

قال ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار

قبل المرض وما اذا ابانها طلاقا ثلاثا في مرضه بسؤالها ثم اقر لها بمال او اوصى لها بوصية فعند ابي حنيفة رح لها الاقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين وقال زفر رح لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول ابي حنيفة رح لزفر ان المانع من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبارهما وجهها قلنا ذلك لو لم تكن التهمة لكنها ثابتة فيهما وقالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فادير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين وفي الدليل ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع انما تنتفي بالتهمة في جواز الشهادة ثابتة في الاولى حتى جازت شهادة احدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت اجنبية وعن هذا جاز وضع الزكوة فيها وان تتزوج بآخر من وقت التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة ايضا نظرا الى تقدم النكاح المقيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير وما لم يظهر بالتصادق عليه الا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام اذ لم تجر العادة بالتواضع للزوج باختيارها وهي بغيرها ولدفع الزكوة او للشهادة فكذا اعتبرناها الا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد فتبقى ثم ما تأخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وثمرته انه لو توي شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت ان تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك لو كان دينا لكان ذلك لها ولو ارادت ان تأخذ عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم ان يعطوها من مال آخر وتعالى فيه بينهما ان ما تأخذه ربع لو اقر بفساد نكاحها او علمه انه في مرضه ثبتت في جواب النفقة وكذا لو قال كنت جامعت امك وتزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر القرابة اي قرابة الولاد فلا يقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي ان ينظر ان كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمتها في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان في ذلك حال العافية وبالقتال في خدمته ينبغي ان لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت لك امرأة غيري او تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق فانه قال قيد الاعلى تحكيم الحال ان كان قد جرت بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها ايضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هنا ان يحكم هنا انتهى وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قوله اذا تزوجت علي ونحوه اذا اقترن بالمشاجرة اما هنا فلا اذ الايصاء بما هو اكثر من الميراث ظاهر في ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والامر لما ظاهر والحاصل ان الظاهر بذلك التواضع ايضا على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل ذلك اهل الحيل للاغراض **قوله** ومن كان محصورا الخ الحاصل ان مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك يكون حال عدم المرض كما يكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصا او في سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق او انكسرت وبقي على لوح او افترسه سبع فبقي في فمه بخلاف ما اذا كان محصورا في حصن او في صف القتال او محبوسا للقتل او نازلا في مسبعة او في مخيف من العدو او راكب سفينة دون ما قلنا والمرأة في جميع ذلك كالرجل فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرنا من احوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد ورثها على ما بيناه آنفا والحامل لا تكون فارة الا في حال الطلق فقال مالك رح اذا تم لها ستة اشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة قلنا المنع من الهلاك

[illegible]

شبهة قد اشكال ... الجواب عنه محمد رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله لانه لم يرجع من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه فكأنها آلة له

ولا يخاف منه الا في الطلق وتوجه بالمرض قيل ان لا يقدر ان يقوم الا ان يقام وقيل اذا خطا ثلث خطوات من غير ان يهادى فصحيح والا فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز ان يتكلف لهذا القدر وقيل ان لا يقدر ان يمشي الا ان يهادى وقيل ان لا يقوم بحوائجه في البيت كما اعتاده الاصحاء وان كان يتكلف الدين يقضيها فيه وهو يشتكي لانه لا يكون كذلك الانسان قلما يخلو عنه فاما من يذهب ويجيء ويحم فلا وهو الصحيح فاما اذا امكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح انه هذا في حق الرجل اما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك والا فكالصحيح وبه يفتي برهان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان ما يرجى برؤه بالتداوي فكالمريض والا وقيل ان كان يزداد ابدا الا ان كان يزداد تارة وينقص اخرى لو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله او حبس ثم قتل او مات فهو كالمريض ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغير ما اعلن قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت له حكم الفرار فيقتضي الحاق حالة الطلق الحامل والمبارزة بحالة الصحة الا ان بين لمن علم ذلك ليس من قرانه فالاولى ان يعلق بما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الهلاك غالبا كما ذكره في المرض على ان غالبا متعلق بالخوف وان لم يكن الغالب عليه الهلاك فما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض فقال الشافعية نعم ولم ار لمشائخنا **قوله** فانت طالق اي طالق بائن لان الفرار يتحقق لا بالرجعي والله الموفق **قوله** اما ان يعلق الطلاق اي ضبط اما ان يعلقه بفعل احد او الثاني التعليق بنحو مجيء الغد والاول اما بفعل نفسه او غيره وهو اما المرأة او اجنبي والكل على وجهين اما ان يكون التعليق ووقوع الشرط في المرض او الشرط فقط ففي التعليق بفعل الاجنبي ومجيء الوقت ان كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا في المرض ولنا ان المعلق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا اعني لنسلم قول زفر رحمه الله انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بهذا التعليق لا اتطلق ثم وجد الشرط لم تحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم تقع في الاول وحنث في الثاني ولانه لم يكن ظالما بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبي ومجيء الوقت فلا يكون ظالما واما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال ان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان في المرض او بمباشرة الشرط ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار من جانب الفاعل لا ينفي الضمان كمن اضطر الى اكل مال الغير او اتلفه بانما او تحليا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما به منه فاضطراره الى ابطاله لا يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد تبا على ان المنظور اليه في اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض والصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بالا بد منه مع علمه بوجود اسباب الموت فانه لا اضطراره الى الشرط بفعله فكان حال التعليق مختارا في الشرط وانما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد لم ترث **قوله** لانها راضية بذلك اي بالطلاق لان الرضا بالشرط رضا بالمشروط ورد عليه بالوقال احد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فهو حر

الى كره ... قال وان طلقها ثلاثا ... [illegible] ... في مرضه ... [illegible] ... ولكنه لو ارتدت ثم ... [illegible]

[illegible] ... انه لا حق لها ... [illegible] ... ثم اسلمت ثم مات من مرضه ... [illegible]

... [illegible] ... بالمطاوعة ... [illegible] ... لا بنا ولا ارث

وهو الباقي ... [illegible] ... حال قيام النكاح ... الفرقة ... [illegible] ... بالمطاوعة ... [illegible]

... [illegible] ... قال محمد ... لا ترث ... [illegible] ... بالتعليق ... [illegible]

الى الخصومة ... [illegible]

... [illegible] ... فيكون ملحقا بالتعليق بمجي الوقت ... [illegible]

تعمده ... وللضارب تضمين ... [illegible] ... رضي بالشرط ... [illegible]

مضطرا الى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الاعتاق فانها موضوعة فيما اذا كان احد الشريكين قال ان لم اضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له

شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لانه مضطر الى فعل الشرط وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا ...

في الكافي بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس لشبهة العدوان فيبطل بالشبهة الرضا ولا كذلك الضمان فقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى

لنفي حكم الفرار وان كان الفعل مما لا بد لها منه كاكل الطعام والصلوة الواجبة وكلام الابوين ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود

والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة **قوله** كما في الاكراه بان اكره انسانا على اتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن فينتقل الفعل

اليه وكذا ابدا وكفعل القاضي ينتقل الى الشاهدين حتى يضمنا اذا رجعا لانه يصير كالجاسي لو لم يقض بفسق في مبسوط فخر الاسلام الصحيح

ملك الا بعينه **قوله** فلا يصير الزوج فارا يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق بتغيره بالابانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق الا

في مرض موته وقد ظهر خلافه ونقول هو بطلاقه فارا لكن الفرار انما يوجب الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة **قوله**

ولو طلقها اي بائنا ثلاثا او غيره في مرضه وهذا لانه فرع على ان الطلاق لنفسه مسئلة المطاوعة فقال انها ترث ولا يتفرع ارثها عليه الا في المطاوعة بعد الابانة لانها طاوعت

بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعت حال قيام النكاح **قوله** لم ترث بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها متعتة

قوله لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بعد ذلك لا الطلاق ولم يوجد ما يزيله لان المحرمية لا تنافي الارث بل تثبت معه كما في الام

والبنت فانما تنافي النكاح خاصة فيبقى الارث لعدم المزيل فمرجع ضميره وهو الباقي الارث **قوله** في حال قيام النكاح اي حالة المرض

قوله فتكون راضية ببطلان السبب وهو النكاح وذلك منع ببطلان المسبب **قوله** لتقدمها عليها اي لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها

بالطلاق السابق عليها **قوله** وقد بينا الوجه فيه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة اي مباشرة الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والاوجه كونه قوله بعد ذلك

لان الشرع الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض و

وما ذكرنا ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان في الصحة

واللعان في المرض **قوله** اذ هي ملجأة الى الخصومة ظاهر في ان الملحق بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها اي مطالبتها بموجب القذف

لانه يندفع العار به او جعل لعانها صح ايضا اذ هي ملجأة اليه من قبله اذ لعانه يلجيها الى لعانها الا ان يقال هو ايضا ملجأ الى لعانه من قبلها الان

الالجاء في الكل منه واليه لانه الجأها الى الخصومة وان شرط لعانه فكان لعانه منسوبا الى اختياره فهي وان باشرت لعانه الذي جرى بعد الفرقة وهو

ما تمسك به محمد يعني لان لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها اليه وقيل في وجه قول محمد ان الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في حال تعلق

حقها بماله لكنه سبب بعيد ثم قيل على الاول ان سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان واجيب بان الملجئ للقاضي الى الحكم والحكم لا يستند الا الى الشهادة

واللعان هو الشهادة الملجئة **قوله** فيكون طلقها بالتعليق بمجي الوقت كانه قال في صحته اذا مضت اربعة اشهر ولم اقربك فانت طالق فمضت

في مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو طلق في صحته بامر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا او ... عليه ان الايلاء في الصحة ليس مثل التعليق

بمجي الوقت بل نظيره الموكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه متمكن من عزله فاذا لم يعزله كان فارا كذا هو متمكن من

في جميع الوجوه لما بينا انه لم يرض بالطلاق حتى يجعل الوطء غير السبب تاما وعلى ما ذكرنا انها ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

من ابطال الايلاء في المرض بانه فات قاصدا فينبغي ان يكون فارا اجيب بالفرق بانه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفيء باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل

قوله في جميع الوجوه اي سواء كان الطلاق بسوالها او لا او كان التعليق بفعلها او بفعله والفعل مما لها منه بد او لم يكن لا يستثنى من عموم الا قيام العدة فانه شرط فيها جميعا **تذنيب** قال صحيح لموطوئتيه احدكما طالق ثلثا ثم بين في مرضه في احدهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بالفرار عليه مقصده كما لو انشأ فكذا الانشاء في حق الارث للتهمة ولو ماتت احدهما قبله ثم مات بقيت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمي فانتفت التهمة عنه كما لو علق في صحته بمجيء راس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث لانه بيان حكمي بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض فان كان له امراة اخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا يزاحمها الا امراة واحدة لان احدهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترثه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانها بخروجها عن اهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو انشأ في مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى بينا ولو كانت له امراة اخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما ابطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم ترد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فانما تستحق النصف حتى لو كان معها امراة اخرى كان لها الربع وثلثة الارباع للمراة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع فكان للمبينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احدهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان او بقي الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وهذا لا يصح بيانا فلا يكون بيانا بالشك لانه لا يقع الطلاق بالشك فيثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد امر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التي لم تلد يلاعن زوجته التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التي ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف اجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم اعن عند الايقاع احدا ولكن اريد المبهم التي ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع عند وقت التعيين ولا يلاعن ايضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطء منه ضرورة والوطء بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا يقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احدهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطيها لا يصلح بيانا ووطء صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان للمولود لاكثر

باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة
استدامة الملك ألا ترى أنه سمي إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة

من سنتين حصل العلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين أما علوق الأخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الأقل
تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر بعدها أقل من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر ووطيها كان قبل ولادة صاحبة
الأقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأقل بالحيض لاحتمال أن علوق صاحبة الأكثر كان
بعد ولادة صاحبة الأقل فإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا ولو تزوج الزوج على صاحبة الأقل أو طلقت صاحبة الأكثر بإقراره ولا يصدق في صرف الطلاق
عن صاحبة الأقل فطلقتا كمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعينتها طلقتا وإن ولدت كل واحدة لأكثر من
سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى فإذا ولدت الأخرى بعده لا تحول الطلاق الواقع عليها إلى
غيرها وصار كما إذا وطئ إحداهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا لأنه بيان ويثبت نسب الولدين أما ولد الأولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها ثم قبل
علوق الأول ثم تنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد
الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال صحة الطلاق وحال قيام الطلاق لأن رجعة ثابتة ووطئها قبل ولادة الأول ولم يصل الماء
إلى رحمها لانسداد فمه فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث فلأن يتمكن لما حال نزول الثلاث والشيء في نزوله
نعته بأول فيثبت النسب احتياطا فتتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لأنا جعلناه واطئا حال قيام النكاح من الكاسي والله أعلم

باب الرجعة وجه المناسبة في تعقيب الطلاق بالرجعة ظاهرة لأنها متأخرة عن الطلاق يقال رجع إلى أهله رجعة إلى ... ومنه قال الله تعالى فإن رجعك الله إلى طائفة منهم و
يقال في مصدره الغيبة رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء وربما قالوا إلى الله مرجعك **قوله** رجعية الرجعي تطليق المدخول بها ما دون الثلاث إن كانت حرة أو ما دون
الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف المشبه أو بعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات وأما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلا لما قدمنا من
الكنايات رجعية فيها فما عقد شيئا من هذه وليس كالثلاث وغالب الكنايات بلوغه إلى الواحدة على ما و قبل الدخول لأنها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة والموصوف
والمشبه مستدرك كما على في النهاية وغيرها **قوله** لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف بعد قوله وإذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فإذا بلغن أجلهن والمراد ببلوغ
الأجل قرب انقضاء العدة تماما فقرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن لا رجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل
وعلى شرعية الرجعة ثابتة لأن الأمر مطلق في التقدير فيعم الحالين ... ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقا
لا حق الرجعة إن ... حكمه استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا لغيره إلا أنه له ... ومن شرط العدة ولا يكون
بعدها بغير وجه وهو دليل على قيام النكاح أيضا وقد منا في باب إيقاع الطلاق أن طلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لأن الرد يصدق حقيقة
بعد انعقاد سبب زوال الملك فإن لم يكن زال بعد يقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب مع تعارضهما كان حمل الرد
على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لما أنه حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكا في قوله تعالى
فأمسكوهن بمعروف ونقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد إلى الحالة الأولى حتى يكونا بحيث لا تحرم بمضي العدة فلا إشكال أصلا
قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة إمساك على الوجه الذي كان ... وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام فكأنه جواب
... على رضاها ... بالنسبة إلى قيام العدة ... بما قلنا **قوله** ...

[illegible]

الفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتي حال غيبتها وحضورها ايضا ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وامسكتك
ومنه المراد وسكنتك بمنزلة امسكتك بالمثناة فعنده يصير مراجعا بلا نية وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول الي او الى نكاحي او الى عصمتي ولا يشترط
في الارتجاع والرجعة وهو حسن لان مطلقه يستعمل لضد القبول والكنايات انت عندي كما كنت وانت امرأتي فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادته باعتبار
الميراث واختلفوا في الامساك والنكاح والتزويج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند ابي حنيفة وعند محمد هو رجعة وعن ابي يوسف روايتان قال ابو جعفر
القول قول محمد وبه ناخذ وفي الينابيع عليه الفتوى وكذا في القنية وجه قول ابي حنيفة ان تزوج الزوجة لغو فلا يعتبر ما في ضمنه قلنا نحن لا نعتبره باعتبار ما في ضمنه بل
باعتبار لفظ التزويج مجازا في معنى الامساك كذا في الذخيرة ولو قال راجعتك على الف درهم ان قبلت صح والا فلا لانها زيادة في المهر فيشترط قبولها كما في المرغيناني والحاوي
قال راجعتك على الف قال ابو بكر لا يجب الالف لا يصير زيادة في المهر كما في الاحالة **قوله** لا خلاف فيه بين الائمة كانه لم يعتبر احد قولي مالك خلافا لانه ذكر في الجواهر
في حصول الرجعة بالوطء بلا نية قولان لمالك كما في نكاح المنازل **قوله** او يقبلها او يلمسها بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس لا فيهما لانه افرد النظر الى الفرج
بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة والتقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد
التقبيل في الكتاب اما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول ابي حنيفة وفي البدائع وهو قول محمد المرجوع اليه في بعض المواضع يكره التقبيل واللمس
بغير شهوة فدل انهما لا يكونان رجعة وفي الخلاصة اجمعوا على انه لو مكنها او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستدلال
ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح اي يختص حكمه يفيد عدم اشتراطها لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف اللمس
والنظر فانهما لا يختصان به الا اذا كانا عن شهوة المذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة وبهذا لا فرق بين كون
القبلة واللمس والنظر منها او منه في كونه رجعة اذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا وان كان اختلاسا بان كان نائما مثلا او كانت
وهو مكره او معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة ان على قول ابي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لابي يوسف انتهى ومن محمد كقول ابي يوسف وذكر ابن
ابا يوسف مع ابي حنيفة وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة فلا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها او منه وكذا اذا ادخلت فرجه في فرجها وهو نائم او مجنون
كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع وابو يوسف فرق بان اسقاط الخيار قد يكون بفعلها
كما اذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وعن ابي يوسف ايضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فان انكر لا تثبت
الرجعة كذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة والمسافرة بها رجعة الا عند زفر وعن ابي يوسف في رواية
وذكر والمسافرة بها الكرخي وجعلها من المنزل وعن ابي حنيفة ويكره ويأتي الكلام في ذلك **قوله** على القديمة احتراز من الاخرس ومعتقل اللسان **قوله** لان الرجعة
بمنزلة استدامة النكاح الخ الحاصل ان الخلاف بينهما مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم او سبب استحداث الحل الزائل قلنا بالاول ومال الشافعي الى الثاني
ويبتني على الوطء حرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده انتقض النكاح من وجه بالطلاق
من وجه فتثبت الحرمة اعتبارا وبقي ما ينبني ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة **قوله** على بنائه
يعني قوله الا يرى انه سمي امساكا **قوله** سنقرره اي في آخر هذا الباب وهو قوله وتناسخا اي الزوجية قائمة الى هنا الكلام عليه **قوله** كما في اسقاط الخيار حصل
بالفعل المختص بالملك كوطء [illegible] بالخيار [illegible] قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة [illegible] ان سقوط الخيار باستدامة ملك [illegible]
بالفعل كوطء [illegible] استدامة ملك النكاح [illegible] الملك [illegible] الطلاق [illegible]

خصوصاً في الحرة بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كالقابلة والطبيب وغيرهما والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها
قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين فإن لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والأمر للإيجاب ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد ولأنه استدامة
للنكاح والشهادة ليست شرطاً فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الإيلاء إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كي لا تقع
في المعصية وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان متهماً إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسألة
الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة وقالا تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهراً إلى أن تخبر
وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق
الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والأوزاعي والثوري
وابن أبي ليلى وجابر بن زيد والشعبي وسليمان التيمي ومن قال لا أبو ثور وإسحاق إن أراد به الرجعة فهو رجعة **قوله** خصوصاً في الحرة فإنه لا سبب لحلها فيها مطلقاً إلا النكاح بخلاف الأمة
فإنها تحل بملك اليمين **قوله** بغير شهوة كالقابلة والشاهد على الزنا **قوله** فلو كان أي النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها لأن المقصود الطلاق وهذا التعليل يفيد أن النظر
إلى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر أشار القدوري إلى أنه ليس برجعة والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس بشهوة
وفي الخلوة لا تثبت الرجعة بعد ثبوتها ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وأنكرت فله الرجعة ولو قال لم
أدخل بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب أن يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسنية
بالقول **قوله** هو قول مالك المذكور في كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى الشافعي هو قول الغير معتمد
عند أصحابه فإنه قال في المبسوط وفي الجديد للشافعي والإشهاد مستحب في الرجعة لم يشترط الأكثر **قوله** ولنا إطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الإشهاد
كقوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما
أن يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فهذه النصوص مطلقة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وما تلي فليس بدليل عليه إذ الأمر فيه
للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد
على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله وأشهدوا واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب وإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم
أن يراد به أيضاً بالنسبة إلى الآخر وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضاً بالنسبة
إلى الرجعة فيكون الندب المراد به هذا المعاد بناء على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتقض عليه إلا بالتنبيه على الأصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع
فيما كتبناه في الأصول مع هذا التقرير ولا حاجة إلى إيراد أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف قلتم به بناء لاشتغال جوابه بالتأمل **قوله** كيلا تقع
في المعصية قيل عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة ودفع بأنها إذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الأمر واستشكل من حيث إن هذا إيجاب للسؤال
عليها وإثبات المعصية بالعمل بالظاهر عندنا وليس السؤال إلا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان ملامة إذ هو نقض للأصل فلو كان مستحباً لأنه قصر
في خاص حقه فكذا السؤال إنما يكون مستحباً أنهاء النكاح كذلك لو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهي امرأة الأول دخل بها الثاني أو لا **قوله** وإذا انقضت العدة إلخ
هنا مسألتان الأولى إذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بالانقضاء كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء إلا
أنها كانت المرأة معتدة وحكم كل منهما إما إن صدقته أو كذبته ففي الأولى إن صدقته تثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وإن كذبته لا تثبت
لأنه أخبر بمجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه مجرد دعوى ملك في وقت لا يملك إنشاءه فيه لا يجوز قبولها مع إنكار المدعى عليه إلا ببينة بخلاف
ما إذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه إنشاؤه كأن يقول في العدة كنت راجعتك أمس فثبت وإن كذبته لأنه ليس متهماً فيه لتمكنه من إنشائه في الحال ويجعل ذلك إنشاء
إن كانت الصيغة تحتمل إنشاء كالوكيل إذا أخبر قبل العزل بالبيع يصدق لملكه الإنشاء وبعد العزل لو أخبر به سابقاً وكذبه المالك لا يقبل قوله إلا ببينة
لأنه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تستحلف المرأة إذا كذبته بل تنصرف إلى حالها بلا يمين عند أبي حنيفة وهي إحدى الأشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وتقدم
الأمة إن كذبته وصدقه المولى فالقول للمولى عند أبي حنيفة فأما إن صدقته وكذبه المولى فالقول للمولى والاختلاف في قول أبي حنيفة بعد الصحيح

وإذا قال الزوج للأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة

وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة

لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل

لقولها وسيأتي وجه الأقوال في الكتاب غاية ما فصل بين قوله الحرة وبين قوله للأمة بالمسئلة الثانية وهي ما إذا قال قبل الانقضاء فقالت بعده فنقول أما المسئلة الثانية فإن قالت مجيبة له انقضت عدتي فقولها لا تثبت الرجعة اتفاقا لأنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب إحالته على أقرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة لكن إن حالة هو حال الإخبار لا يثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا أن ادعت أنها ولدت فتثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لأنه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا ما لم تخبر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتي لحقتها طلقة أخرى وأبو حنيفة يقول صادف قيامها حال انقضائها لأنها أمينة في الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله أنت طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا لو اتفق أن خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسئلة الطلاق المقيس لها عليها ممنوعة فلا يقع عنده قيل والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به لإقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقرارا أخذ بظاهر الإنشاء في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع نعم لو عرف أن مقتضى الفقه كون إيقاعه وجد في حال الانقضاء قال لا اعتبار بل وقع لصحيح لأنه مقر على نفسه فيما ادعى صحته أن طلقتك نحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحمله لتقدم الطلاق الأول أي راجعتك بالعكس فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع ويستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخباره والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه وبين الرجعة حيث لا يستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن لزوم اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن بذلها لا يجوز ثم إذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة **قوله** فإن قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عنده وقالا القول للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها في العدة لأنه يثبت بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول إن حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء فالقول قولها فيها أصلا فكذا فيما ينبني عليها وفيه نظر إذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما ينبني عليها إلا أن لو فرض أنه لو وجد قولها في العدة قولا أي بأن تدعي فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لا إذا كان ذلك بأن يكون القول قولها فيما لا يثبت إلا على أن القول لها في المستلزم للمنفي بقضيته فيها وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يحال انقضاؤها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها وإنما ادعى في حال الملك لا عليها رجعتها قبل الانقضاء وهي منكرة أن يكون ذلك فعل فلا يقبل عليها **قوله** فلو كان على القلب بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق **قوله** في الصحيح احتراز عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى والأمة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا ويستحيل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها في المسئلة لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لأبي حنيفة أن الفرض أنها منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة فلا يظهر ملكه المتعة مع قيام العدة **قوله** وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به ...

او يمضي عليها وقت صلوة كاملة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلابد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات

اي بالانقضاء ولذا يقبل قولها انها في ما تنقضي حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد ولو قالت حلفت انها انقضت بالولادة لا تقبل الا ببينة لو اسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فللزوج ان يطلب يمينها على انها اسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق في هذا بين الامة والحرة **قوله** او يمضي عليها وقت صلوة اي بان يخرج وقتها الذي طهرت فيه فيصير دينا في ذمتها فان كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير ان كان في اوله لم يثبت ما يجب تخرج لان الصلوة لا تصير دينا الا بذلك ومثله لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر **قوله** بخلاف ما اذا كانت كتابية فانه لا يتوقع في حقها امارة الى الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لان الغسل والصلوة ليسا بواجبين عليها فبمجرد الانقطاع وان كان لما دون العشرة حل عليها وانقطعت رجعتها **قوله** وتنقطع اذا تيممت وصلت اي فرضا او نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف **قوله** حتى يثبت به من الاحكام بما يثبت بالغسل حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام جواز الصلوة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف بهذه احكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط وكذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلوة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلوة اولى ولا اشكل عليه انه لا يحل لها التزوج بآخر بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل فهو اضعف منه والاحتياط في التزوج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل في شبهة **قوله** ولهما انه ملوث غير مطهر اي حقيقة لا شرعا كذا في الدراية ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيد المرسل الكرام عليه افضل الصلوة والسلام فنقول هذا البحث له ثلث موارد في الفقه اولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافا له وهو مبني على ان التيمم طهارة مطلقة او لا فقال انها ضرورية فيتقيد بقدر الضرورة والمكتوبة فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق مشائخنا في جوابه على انها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقي شرطه وصرح في الكفاية في تقريره بان التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كالماء الا انه بالماء مقدر الى وجود الحدث وهنا الى شيئين الحدث والماء ثانيها باب الامامة في مسئلة اقتداء المتوضي بالمتيمم فانفرد فيها محمد بانها ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضي به وقالا مطلقة فيجوز فقد انفرد فيها ايضا الا انهم عكسوا فقال لحمد في المحرم وجاز من المناقضة اصحابنا اعني في الامامة ضرورية بعدما اتفقوا على جواب الشافعي من انها مطلقة والثاني ان ابا يوسف وافق في الامامة انها ضرورية فقال انها مطلقة ولما مع من المناقضة وهو قولهما بانها مطلقة هنا ضرورية ولو كان كثير من الشارحين يأخذ في التقرير قولهما انه لا يزيل الحدث بل يبقى معه لعذر ضرورة الماء انما يصير محدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لا شك في ان التيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة حقيقة انه ايضا ملوث في نفسه مغير لا يطهر لا ينظف فمعنى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية احد الامرين من وجود الحدث او الماء ومعنى الضرورة ان شرعيته ضرورة اداء المكتوبات مع عدم تفويتها وتكثير الخيرات عند عدم الماء كرامة لهذه النبي الكريم وامته ولهذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الا اصلاق معنى الاطلاق فذاما في بيان سبب شرعيته وهذا شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا فشرع كما شرع استعمال الماء وانما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء والا كان مطلقا ومعنى انه وسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين هيئة الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك لم يشرع الا للضرورة تحقيقا من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء كرامة لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلوث وعدم تطهيره في نفسه كسبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة فاذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي انها مطلقة اي يزيل الحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به لتقيد بقدر الضرورة على فرض واحد لا ينافي قولهم انها ضرورية على ما سمعت فمن قال انها مطلقة في موضع فقال في آخر انها ضرورية لم يكن مناقضا اصلا وقول من حكى في تقريره انه لا يرفع الحدث عن ما فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في ان الحدث حقيقي

والاحكام الثابتة بهما ضرورية مقتضية فبقي تنقطع بنفس التيمم عند محمد وتبين بعد الفراغ من الصلاة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا انه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا

او بحجة ولفظه فعلى الاول لا يرفعه الا الماء وعين قيل به صار محل اعتبار غيره الراجح هو الظن فقلنا ان الماء مثلا في باب التيمم من الحديث والله وهو انه لم يتقيد العد على اثبات ان الحدث صفة حقيقية قائم بالاعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا الاشكال في ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه اعتقدنا ان الحدث اعتبار شرعي ظاهر ان يقطع ذلك الاعتبار الى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء والدليل الملجي الى هذا كون رؤية الماء لا يعقل جعله كونها نقضا ثم التفت في وجه تعيين كل منهم احدى الجهتين بخصوص في تلك المواضع الذي عينه فيه فاما وجه تخصيص محمد فهو انه راى وجوب الاحتياط في الموضعين فالاحتياط في صحة المتوضئ بالمتيمم المنع ولا يعلل بهذا الا بجهة الضرورة وهاهنا فنقول لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت الا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة الى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوي على الضعيف وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها ولا يعلل الا بجهة الاطلاق فاعتبرها وهما ما عكساه لكن في الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما به والباقي بعد هذا انما هو النظر في الترجيح في الخلافين في الحكم وعندي ان قولهما في الاقتداء احسن من قول محمد وقول محمد في الرجعة احسن من قولهما لان الضعيف لكائن في طهارة التيمم لم يظهر قط له اثر في شيء من الاحكام عند ما علمنا انه شيء له في نفسه فيجوز اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط في ذلك ليس بذا ولقائل ان يقول اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ثلاثة قروء لظهوره في اشتراطها فاشتراطه لانقضاء العدة زيادة على النص فان اجيب بان تيقن الانقضاء منتف لفرض انه ليس اكثر الحيض فاحتمال عود الدم دفع بان هذا الاعتبار الزائد لا يجدي قطع هذا الاحتمال في الواقع ولا شرعا لانها لو اغتسلت ثم عاود الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد ان ظنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا انه تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام في التيمم عليه جواب المسئلة في الحقيقة لا مقيد لكنه اذا انقطع لاقل من عشرة ولم يعاود بها او عاود وتجاوز ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة اذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته وان عاود ولم يتجاوز فالاحكام المذكورة بالعكس والله اعلم **قوله** والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية اذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلوة ومقتضاها وكذا المس لانه قد يحتاج الى مس المصحف للقراءة في الصلوة لنسيان او غلط وزيادة او اتقان وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلوة وقد يجب في الصلوة لنا **قوله** وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلوة قال في المبسوط وهو الصحيح فان فساده قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ولو تيممت وقرات او مست المصحف او دخلت المسجد قال الكرخي تنقطع به الرجعة لان صحة هذه حكم من احكام الطاهرات وقال الرازي لا تنقطع به **قوله** وان كان اقل من عضو انقطعت وذلك كنحو الاصبع كذا في المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل **قوله** والقياس في العضو الى قوله والقياس فيما دون العضو الكامل ان الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان فالقياس في العضو ان تنقطع لان للاكثر حكم الكل وفي بعض العضو ان لا تنقطع لانها لم تخرج الحكم الطاهر ولم يخف في كل من القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضي ان يتعارض في كل منهما قياسان قياس ان للاكثر حكم الكل فموجب انقطاع الرجعة وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها وبنى الاستحسان على اعتبار القياس الثاني اذ حاصله اعتبار عدم اصابة الماء للشيء وعدمه فاذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة واذا ظهر ثبوت الاصابة انقطعت غير ان ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الاقل على ان كون للاكثر حكم الكل قولنا ممنوع بل انما يحكم به في مواضع خاصة بنصوص ولا في ضبط لانه مطرد ثم ما سمعت وجه التفصيل المذكور ان ما دون العضو يتسارع الجفاف اليه بعد اصابة الماء فغير بعيد تقديره فتنقطع الرجعة فحكمنا بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا ولم يجز لها ان تتزوج به حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا في امر الفرج حتى انها لو تيقنت عدم اصابة الماء بان علمت قصدا الى الاخلال

وعن أبي يوسف رحمه الله أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله هو بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا يرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة (فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الأول (فإن راجعها) معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء

ذلك الموضع عن الإصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فإن احتمال تجاوزه الإصابة بعيد فيه جدا لأن التغافل عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الأعضاء في غاية البعد فلم نعلم أثره فلم تنقطع **قوله** وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو الواو بمعنى أو إذ ترك كل بانفراده كترك عضو وعنه وهو قول محمد كترك ما دون العضو قوله لأن في فرضيتهما أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنة تنقطع فتنقطع ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولو بقي من المنخرين لم تنقطع الرجعة قوله ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه قبل الطلاق ثم طلقها وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بأن يأتي به لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لإقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع إياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة ما دامت في العدة وهذا العدم متعلق حق صاحبه بسبب إقراره فكان كمن أقر لغيره بعين في يد غيره الإنسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضي بها للمقر له ثم وصلت إلى يده بسبب من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وإن كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم يصح الرجوع له بخلاف ما لو قال في عبد إنسان إنه حر الأصل أو أعتقه سيده ولا وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة إقراره بحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه فالأصل أن تكذيب الشرع إقراره بما ثبت به حق الغير وإن تكذيب الشرع إقراره بما يستلزم بطلان حق في تكذيب اللازم فينتفي ولو انتفى عدم الوطء فله الرجعة ثبت وجوده فعاد حقه في الرجعة بخلاف إقراره بما ثبت به حق الغير فإن تكذيب الشرع يقتصر على حق نفسه فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب في إقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فإن قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم فإن كان لزوما شرعيا فلأن تخلفه يبطل اعتبار الشرع إياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب أن الاستلزام في اللزوم العقلي أما الشرعي فقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فيقتصر الملازمة عليه هنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلانا أحق بها من غيره فلما كذبه الشرع بالقضاء بها للمستحق في إقراره أنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق وقصد أنه له بالنسبة إلى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه **قوله** ألا يرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان أي الوطء الذي ثبت بتكذيب الشرع إياه والإحصان له مدخل في إيجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى **قوله** وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق أي في مدة تصح بأن تلد لستة أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمناه **قوله** وأغلق بابا المناسب أغلق بالواو كما فعل في أرخى لا بأو ولأن كلا منهما تفصيل للخلوة لا استقلال بإثباتها لا مباين لها **قوله** لأن تأكد الملك بالوطء فعدمه تبين بالطلاق لا إلى عدة وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلا حقه من الرجعة **قوله** ولم يصر مكذبا شرعا هذا جواب عما يقال هو هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة فكان ذلك حكما شرعا بالوطء والتمكين شرعا فمنع كونه بناء على ذلك شرعا وما يستلزمه بل هو بناء على تمام تسليم المبدل هو بضعها بالتخلية التي هي وسعها ولو توقف لزم كمال المهر على غير ذلك مما ليس في وسعها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه ولكذبها والعدة يحتاط في إثباتها لأن انقضاءها يستلزم حلها للأزواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في إبطالها فتعتبر العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها لأن الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك قول المرامين على العدة فتسوى سيأتي الشغل مردود بالآية والصحيح لو طلق بالخلوة كان له الرجعة وإن كذبته المرأة في الوطء قوله بخلاف الفصل الأول متصل بقوله لم يصر مكذبا شرعا حتى يثبت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسألة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا لأن الرجعة تنبني على الدخول وقد ثبت بثبوت النسب لا على ما نفيت **قوله** معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها أي ثم طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعد ذلك الرجعة بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق صحت أي ظهر صحتها **قوله** لأنه

[illegible] ... وهذا المعنى يوجب استبدادها به

على اعتبار الثاني تجوز الرجعة وطيها بعد الطلاق وهو خطأ فالصواب في العبارة ان يقول لان على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على ما ...
في عدم الوطء اذ المؤدي على عبارته هكذا على اعتبار الزوال وطيها بعد الطلاق بزوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء يحمل عليه فيحرم وتحصيل المقصود من الجواب
بعد توهم خطائنا **قوله** المسلم لا يفعل الحرام فان قيل الظاهر ايضا انه لا يكذب فالجواب لا بد من احد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه على الظاهر ويلزم الزنى
وهو اعظم من نسبة الكذب **قوله** وهو ان يكون بعد ستة اشهر ان كان اكثر من سنتين ان فيه الوصل قاطع وان قوله بعد ستة اشهر معناه اعني فصاعدا
اقل من سنتين او اكثر وان كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان الثاني يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر لا غاية
له الا الاياس وبه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفي اكثر من سنتين يكون
رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول ودون الثاني فان هذا الاحتمال يسقط هنا لانهما توأمان من بطنين كان الثاني من حمل حادث [illegible]
بينهما اقل من ستة اشهر لانه يحتاج من بطن واحد فلم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من حمل حادث بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة
لانها بالوطء الكائن بعد الطلاق **قوله** وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة وهو ان يكون بين كل ولدين ستة
اشهر فان كان اقل منها فتوأمان فيقع طلقتان بالاولين لا غير اذ بالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن يقع تطليقة واحدة
بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة
بالثالث فلا يقع به شيء وان كانوا في بطون فالولد الثاني [illegible] الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق بوجود شرطه ودخلت في العدة
وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعا **قوله** وبالثاني صار مراجعا [illegible] ثم يقع بالثاني
طلقة ثانية لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار وقد دخلت في العدة وبالولد الثالث تصير مراجعة على ما ذكرنا ويقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء في
النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلزمه كونه خاصة فجاز ان يكون لحظة وجاز ان لا ترى شيئا اصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء **قوله**
تتشوف التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو وجهها وتصقله **قوله** اذ النكاح قائم بينهما [illegible]
جميع احكامه من التوارث ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل فيه المطلقة فتطلق وهي المسافرة بها لانها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس
وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا يعني يبدو له ان يراجعها
ولما ثبت بالنص لم يجعل [illegible] لان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قبل الدلالة [illegible] بعضهم بحثا واورد عليه ان التقبيل
بشهوة ونحوه يكون رجعة فيه ان ينادي على نفسه بعدم الرجعة جوابه الفرق [illegible]
ثبت منوطا بالسفر [illegible] الزوج وكما يكره السفر بها [illegible] الخلوة اذ قد ينظر [illegible] فيصير مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها فيؤدي الى تطويل العدة عليها
وذلك حرام وقال السرخسي انما يكره الخلوة اذا لم يأمن [illegible] لانه يصير مراجعا [illegible] وهو مكروه [illegible] كراهة الخلوة
[illegible] الى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعا [illegible] النظر الى داخل الفرج وقل ان يقع مع الخلوة
[illegible] ان الانسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين [illegible] لا ينظر الا ان [illegible] الجماع لكن [illegible] الذي ذكره المصنف [illegible]
[illegible] على [illegible] يعني الطلاق [illegible] قطع النكاح لحاجته اي حاجة الزوج الى المراجعة فاذا لم يراجعها [illegible] انقضت العدة اي بالعدة ظهر انه لا حاجة له الى الرجعة فتبين

ودفع بحث بكونه ما استدل به لا انشاء له والدليل ينافيه والقاطع أخّر عن سابقة الوطء ونقل الى ما تقدم **فصل** فيما تحل به المطلقة وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لأن حل المحلية باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة او ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والأصل فيه قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة لأن الرق منصّف

ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت باجنبية كما يقتضي تقرير كراهة المسافرة بها وعدم تقديرها بالمراجعة بعد ذلك في العدة كذلك تقتضي حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضي انه لو راجعها ظهرت حاجته وان المبطل لم يعمل مستندا تبين ان الخلوة والمسافرة حكمها باجنبية والدليل على ان عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب واحتيج الى عدة مستأنفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصود المنع هو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور ان الخلوة باجنبية غير ضائر اذ حالة تحققها كانت زوجية يباح مباشرتها بما يباح من الزوجة **قوله** وذلك يعني استبداده به يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه اي دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه اي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضا المرأة واذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا وما يدل على بقاء الزوجية في الرجعة من كل وجه قد سبق اول الباب من النصوص فارجع اليه **قوله** والقاطع اي جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان الزوجية زائلة لوجود القاطع قلنا هو مؤخر لكن آخر عمله الى انقضاء العدة بالاجماع على ان الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد ان عمله وهو القطع مؤخر او نقول آخر عمله نظرا للزوج على ما تقدم من ان جواز الرجعة نظرا له

فصل فيما تحل به المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره **قوله** لان حل المحلية تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق او لان المحلية باقية وهذا لان المحلية هي كون الشيء محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى لحل كونها محلا **قوله** لان زواله مرجع الضمير الحل وضمير قبله فينعدم الزوال **قوله** ومنع الغير جواب عن مقدر والمتبادر من العبارة ان يقال ما الفرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فاجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر بكون النص في العدة عاما بالنص قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا في العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة مشروعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي اطلاق صاحب العدة من ذلك لمنع لان المانع له فلذلك جاء الاجماع على اطلاقه والمطلق وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص اعني الاجماع لان الصيغة والآية لا اشتباه في مقامه عدم اطلاق الغير فيها بل بيان عدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجتمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع ويسبطه ان العدة بعلة المبطل من رفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانعة من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها الا انه وجد المقتضي للعدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم اعني وجود العلة مع عدمها في الآئسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اما بعلة اخرى ما ان يكون ظهار الحمل انما تمت حيث منع منه ومن عدمه لا استتباع عليه ولهذا فرع على الرحم بخلاف الطلق مطلقا الا انه ظهر مرة اخرى باشتراط جميع الناس لتشهد وما لم يطلع عليها وهي فيما تعبد محض لم يمكن اخراجها من حكم العدة مع النص عليها وفي غيرها حاصل ما قلنا اطلقت العدة مطلقا تعبدية **قوله** وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره اعلم انه لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها او غير مدخول بها لصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآه ان ينقله فضلا عن ان يعتبره لان في نقله اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه **قوله** والمراد اي المراد بقوله تعالى فان طلقها

محل الحلية على ما كان ... بالطلقة الثالثة ... ثبت بكلام ... وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا
للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد مستفاد بإطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر

الطلقة الثالثة إنما ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فإن طلقها أي الثالثة هذا قول الجمهور وذهبت طائفة إلى أن الثالثة هي قوله أو تسريح بإحسان فإن أبا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة فقال في قوله أو تسريح بإحسان كذا في المبسوط فكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة أنه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى فإن طلقها إذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله فإن طلقها الثالثة لأنه عقبها بقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق أن المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار فإن الثاني ذكر شرطا لإعطاء حكم الثالثة والأول ذكر للبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله أن يقال شرعها أي الثالثة ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك كله الطلاق مرتان بعدهما إمساك بمعروف أو تسريح بالثالثة بإحسان فإن طلقها الثالثة اعتبار الأحد الأمرين الجائزين له فحكمه أن لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ويتبين أن كليهما مراد به الثالثة **قوله** كمال المحلية فيه مثل ما سبق **قوله** حرمة غليظة أي يعدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا لو طلقها ثنتين وهي أمة ثم ملكها أو ثلاثا الحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها **قوله** والزوجية مطلقا وكذا الزوج مطلقا إنما يثبت بنكاح صحيح لأن المطلق ينصرف إلى الكامل ولأنه المتبادر عند الإطلاق خصوصا إذا كان مضافا إلى المستقبل ومن هنا في النكاح الفاسد بخلافه مضافا إلى الماضي لأن المراد في الأول التحصن والإعفاف وهو لا يحصل إلا بالصحيح وفي الثاني صدق الأخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا فلذا حنث في يمينه لم تزوج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوج **قوله** وشرط الدخول ثبت بإشارة النص أي لا يخفى أن على تقدير حمله على الوطء ثم إنما ثبت بعبارة النص لأنه مقصود بالسوق **قوله** حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة يعني أن الإعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لأن اسم الزوج يتضمن إعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما إذا حملناه على الوطء ثم إن كان نسبته مجازا بالنسبة إلى المرأة إذ هو حال نسبته إليها يراد به التمكين من حقيقته لا حقيقته فإن المجاز في الكلام أكثر من الإعادة بهذا الوجه على العموم وقد عيب آخر على أنه وهو أن في حمله على العقد مجازا من النكاح في العقد مجاز فإن حقيقته الوطء وذا الزوج في الأجنبي مجاز باعتبار الأول ثم على الوطء مجاز واحد وهو النكاح في التمكين وإلا الزوج حقيقة **قوله** أو يزاد على النص بالحديث المشهور هذا إنما يتصور إذا أريد بلفظ تنكح في النص العقد لا إذا أريد الوطء فيه **قوله** روي بروايات يعني بالحديث حديث عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول ورواه الجماعة إلا أبا داود عن عائشة رضي الله عنها جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ الصحيحين أنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفي لفظ كذبت والله يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إني لأنفضها نفض الأديم ولكنها ناشز تريد أن ترجع إلى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن كان ذلك لم تحل له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذي تزعمين ما تزعمين فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب وفي الموطأ عن مالك عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن رفاعة بن سموأل طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول ... فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ... وفي معجم الطبراني ... عن عائشة أن ... كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة ... [illegible]

الحلبي [illegible]

والخلاف كالمحن فيه سوى سعيد بن المسيب رضي الله عنه وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال
قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بينا وفسره في الجامع الصغير
وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأة وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء
الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا **قال** ووطء المولى امته لا يحلها لان الغاية
نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

بالتميمة لا ترجعي الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال ابو عبيدة ومن ابي اسحق الاسلام ابو الفضل **قوله** ولا خلاف لاحد فيه اي من اهل السنة والمراد خلاف
العلماء سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه
قوله لا ينفذ لمخالفته الحديث المشهور قال الصدر الشهيد من افتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين انتهى وهذا لان شرعية ذلك للزجر عن
حتى لا يسرع في كثرة الطلاق وهو لا يحصل بمجرد العقد **قوله** والشرط الايلاج بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة
المحل فلو اولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتعش وعمل والصغير الذي لا يجامع مثله لا يحل لانه لا يجد لذة اصلا بخلاف
من في آلته فتور وطئها فيما حتى التقى الختانان فانها تحل به وفرج المجبوب الذي لم يبق له شيء يولج في محل الحل اي محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل وفي المبسوط
في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبي او دونه وفي الخصي الذي يجامع مثله يجامع فيحلها في الجامع
لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند ابي يوسف خلافا لزفر وفي الخلاصة لو كان مجبوبا او جامعها حلت عند ابي يوسف خلافا لزفر
والمس يشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل ما لم تحبل لو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها طلقها وجامعها الثاني فعليها الزوج فافضاها لا تحل لها
وان كانت يوطأ مثلها حلت وان افضاها **قوله** دون الانزال خلافا للحسن البصري لا يحل عنده حتى ينزل الثاني حملا للعسيلة عليه ومنعها بانها تصدق مع
الايلاج وانما هو كمال فيه ففي مسند احمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع انتهى فحيث صدق سمي الجماع يثبت فيه الا ان في سنده ابن عبد الملك المكي
مجهول **قوله** وهو الشرط بالنص فيه نظر لانه لو كان هو الشرط ليس غيره لحلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة
من الجانبين فلابد من كون الزوج ممن يلتذ ايضا وسواء كان حرا او عبدا تزوج باذن المولى عاقلا او مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما او ذميا في الذمية
حتى يحلها الزوج المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم اجاز السيد النكاح لم يحلها ما بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة
وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ
النكاح وحلت للزوج **قوله** المراهق اي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تتحرك
آلته ويشتهي الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين وقد اسلفنا في باب الاولياء والاكفاء من اشتراط الزوج كفوا لها رواية الحسن عن ابي حنيفة
او لو كانت زوجت نفسها منه وهو قول ابي يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا على رواية الحسن لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله **قوله** ووطء
المولى لا يحلها الزوج المطلقة ثلاثا من الآية الموقتة بنكاح الزوج وليس المولى بزوج **قوله** بشرط التحليل بان يقول تزوجتك على ان احللك له وتقول هي نحوه
مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له اما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا لقصد الاصلاح
والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وابي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود
رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بالتيس
المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبير
الليث بن سعد ما اراه سمع من مشرح بن هاعان شيئا وما روى عنه فغير بان قولهم في الاسناد قال لي ابو مصعب مشرح يرد ذلك ورواه الدارقطني مسندا عن
ابي صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني وبالجملة فالحديث صحيح عند ابن ماجه ان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان فكره

وهذا هو محمله فإن طلقها بعد وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يفسد النكاح لأنه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده وعن محمد رحمه الله أنه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلاث

ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط وأبو صالح عثمان بن صالح المصري ثقة أخرج له البخاري في صحيحه وتعقبه ابن القطان ثم نقل عن ابن معين أنه وثقه والعلة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يرد عليها ابن القطان شيئا لا غير وقال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لأن المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وتكابر بأنه اعتراض ثم جوابه بالاعتراض فنشأ عن عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك أنهم لا يطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعي فإذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب في الآخرة فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك إذ قد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطي كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراما **(قوله وهذا)** أي الحل الشامل هو محمل الحديث لأن عمومه وهو الحل مطلقا غير مراد إجماعا والأشمل الشرعي متنزه من رغبته **(قوله لأنه في معنى الموقت)** والموقت في معنى المتعة وهو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها ولتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للحل ولأنه ملعون وعقد النكاح نعمة ولهذا كان ... عليه وهو ما في مستدرك الحاكم جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لأخيه هل تحل للأول قال لا إلا نكاح رغبة كنا نعده سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحح قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع لو تعيين نهاية الوطء لا يستلزم تعيين وقته لأن الوطء قد يكون في ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريحا ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل إلا من قام به مجرد طلبه واللعنة على ما ضم إليه من العقد الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض الحديث وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم أنهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة **(قوله لأنه استعجل ما أخره)** إلى أن المقصود هو التوقيت منتف لأنه ليس توقيت والغرض هو حلها له ... استعجالا بطريق محظور كقاتل المورث إلا أن هذا القياس معارض للنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فجعل الحل ثابتا ... فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البتة ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل أن تقول زوجتك نفسي على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فإذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل باطل مع صحة النكاح وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ثم نقل عن أبي حنيفة رحمه الله في روضة الزندويسي فكذلك ... في ظاهر الرواية ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت يصادم قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الأصل ولا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق نعم يكره بالشرط لما تقدم من محمل الحديث ويبقى ما إذا نوى قصد التحليل بالكراهة وما عنه السروجي من أن الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل الكلام لأنه لا يلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون معروفا بين الناس متداولا بأن ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشتهرا به وهنا قول آخر وهو أنه مأجور وإن شرطه لقصد الإصلاح وتأويل اللعن عنده إذا شرط الأجر على ذلك ثم ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال بمفردة الشخص لكن أن يقال إن مقتضى الاقتران تعلق اللعن بأكثر منه وذلك بأن نصب نفسه لهذا الأمر شرطا ولا لأن المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير في فعل الفاعل أو المفعول طورا أو تعليق اللعن به مرة إذا شرط فقال المحلل من أحلها مرة ... لكن حديث ابن عمر تصرف عن هذا فيكون من تعلق الحرمان لم يكن فيه تكثير **(قوله ويهدم الزوج الثاني)** الطلقة والطلقتين يعني إذا ثبتت الحرمة بهما لو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسألة بالحرة ... في هدم الطلقة والطلقتين مما لا يتحقق في الأمة إلا في هدم طلقة واحدة لأنه لا هدم في الأمة أصلا **(قوله وقال محمد لا يهدم)** والمسألة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاء أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت

لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولنا قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت
للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت
عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة

عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها او طلقها ثم انقضت عدتها واراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس رض وقال ما تقول فيه فقال
يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلث اسأل ابن عمر رض قال فلقيت ابن عمر رض فقال مثل ما قال ابن عباس رض وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر رض نحوه
قال هي عندي على ما بقي ونحوه عن علي رض ونقل عن ابي بن كعب وعمران بن الحصين فاخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ
الصحابة وهو الترجيح بالوجه **قوله** لانه غاية للحرمة اي لان الزوج غاية الحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له اي مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون اي الزوج
منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت اي ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابة
الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات قلنا قد علمنا بالنص جعلناه منهيا للحرمة في صورة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا
فقلنا به وتركيبه تم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الدلالة انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض ونحوها لمثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت
تقدم آنفا ان محمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزوج رغبة فلابد من كون متعلق اللعنة على
ما قالوا اشتراط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل لعدم تيسر الاثبات لم يرد المحلل مثبت الحل باشتراطه قيل لا شك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل
فالمنتج لعن من هو مثبت الحل باشتراطه الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظه من التركيب المذكور بل كله مضمر فيصح دليلا على ان الزوج مثبت الحل مع تعليق اللعنة به
اذا اشترطه فيجمع ما قدمنا ونظيره ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محل اللعنة المحلل اذا شرطه الا ان المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل الا انه
لابد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ان قيل انه لما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها واجيب بانه يثبت فيما في غيرها بدلالته لانه لما كان محللا في الغليظة
ففي الخفيفة اولى او ايضا بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا الا ان صورة الحرمة الغليظة محل الحل والمحل لا يدخل في التعليل لانه لو دخل لانسد باب القياس
لان محل الاصل غير محل الفرع واورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه فتحصيل الحاصل محال واجيب بانه لا يقبل المحل اصل الحل يقبل ثبوت وصف
الكمال فيه بان يصير بحيث يملك بتجديده بعد الطلقة والطلقتين ما صلح سببا الاصل الشيء صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته
محللا ومفهومه لا يزيد على انه يثبت به وجود الحل وهو حاصل في المتنازع فيه فيكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس
بل باتفاق الحال وهو انه محل يبتدئ فيه الحل لاستيفاء الزوج ما له من الطلقات قبله بحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاثة
ولقد صدق قول صاحب الاسرار مسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعز فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله
عليه وسلم اتريدين ان تعودي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي من عسيلته فغيا عدم العود بالذوق فعنده ينتهي عدمه فيثبت هو والعود هو الرجوع الى الحالة
الاولى وهي يملك فيها الزوج ثلث تطليقات وليس بشيء لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال لها بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج اتريدين ان تعودي الى فلان
صدق حقيقة وان كان العود الى ما يملك ثلثا فالاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود الى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل الانعام
انتهى لعموم وجه التشبيه **قوله** فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي في النهاية انما ذكر اخبارها بكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت
لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق في كل حال وعن السرخسي لا يحل له ان
يتزوجها حتى يستفسر لاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ما تزوجت او ما دخل بي صدقت الا ان يعلم ذلك الا من جهتها والتشكيك
بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته كانت منافية فينبغي ان لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية او مرتدة او معتدة او منكوحة الغير او محرمة له

فيهما

لانه صاحبة لو ام دينى لتعلق الحل به (قوله ولو قالت قد انقضت عدتي) ... (قوله وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله) ... اذ لو لى هذه المدة ... في باب العدة

المعتبر بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي حيث قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى او كماله انتهى من تأمله ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب البا لو قالت بعدما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر وقال الزوج تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لاني جامعتها ان صدقت المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا اجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس ح في النهاية ولم يعز بل لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها لا تحل للاول قلت ينبغي الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل ومن الفضلي لو قالت تزوجني فاني تزوجت بغيرك وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا ان يكون اقرت بدخول الثاني كأنه والله اعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على انكار ما اعترفت به ولذا قال الا ان تكون المرأة اقرت بدخول الثاني فانه لم تقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة صريحة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلث وفعل انه لم يحنث فافتيت المرأة بوقوع الثلث فخافت ان اعلمته بذلك ان ينكر بل لها ان تستحل بعد انقضاء عدتها بغير تامر واذا حضر تجديد العقد قال نعم ديانة (قوله لانها معاملة) انث الضمير ان كان مرجعه هو النكاح بتذكير التأنيث خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل (قوله او امر فيها مقبول) كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات وكذا يقبل قول الامارة والعبيد في الهدية (قوله وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله) فاذا ان تصدقها اذا وقع في قلبه صدقها شرطا احتمال المدة ذلك (قوله وسنبينها في باب العدة) قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير رابحة لانه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها واجاب بعضهم بانه لم يقع في العدة من هذا الكتاب فيمكن ان يكون اراد في عدة غير هذا الكتاب مثل هذا انما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من اهل العلم فلا توفيق الا بالله واذا لم يقع بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكر شيئا من الخلاف فنقول اختلف في اقل مدة تصدق فيها اذا ادعت انقضاء العدة بالاقراء فقال ابو حنيفة لا تصدق في اقل من ستين يوما اذا كانت حرة وقالا اقلها تسعة وثلثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة اهلها انها الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها قال له علي رضي الله عنه قالون ومعناه بالرومية احسنت ومذهب الشافعي اثنان وثلثون يوما ولحظتان ان وقع الطلاق في الطهر وسبعة واربعون لو وقع في الحيض وقال ابو ثور سبعة واربعون وقال اسحاق وابو عبيد ان كان لها اقراء معلومة يعرفها بطانة اهلها تصدق على ما يشهد به والا لا تصدق في اقل من ثلاثة اشهر وقال الحنابلة تسعة وعشرون ان قلنا اقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر يزاد اربعة ايام فيصير ثلاثة وثلثين وعن الحسن قول اسحق وابي عبيد وجه الاول ان العادة ان الشهر الواحد لا يشتمل على اكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة لو اخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة الا ترى ان الوصي اذا قال انفقت على اليتيم في يوم الفا لا يصدق وان احتمل صدقه بان تكرر هلاك المشترى في اليوم الا ترى ان الله سبحانه وتعالى لما اقام الاشهر مقام الاقراء في الآئسة والصغيرة قدر العدة بثلاثة اشهر فقال واللائي يئسن من المحيض الى قوله تعالى فعدتهن ثلاثة اشهر بخلاف ما اذا شهدت بما دون العدة فانه يثبت ان هذا من النادر وهذا هو المذكور في وجه ابي حنيفة في رواية ان تخالف محمد عن ... فان لم يوجد مذهبا ينبغي ان لا يعدل عن قول ابي حنيفة وتخريجه على قول محمد ان يجعل مطلقا في اول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة واربعين كل طهر بخمسة عشر وثلث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة اخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد ان يجعل مطلقا في آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاث حيض ثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وطهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلثون طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج الحسن ... الطهر الذي وقع الطلاق في ... ثلثون حيضتان بعشرة وتخريج قولهما ان يجعل مطلقا آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلث حيض بعشرة ...

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه

ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان لستة وطهر خمسة عشر يوما ويحتاج للثاني وزيادة طهر يعني اذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد ان تتزوج بالاول حتى تحتسب مع المدتين طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والفرض ان عدة الاولى انقضت باول الطهر لزم ما قلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت ثم تصدق في اقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في اقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر خمسة عشر ثم ثلث حيض متخللة بطهرين بستين وهذا لان الدم المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده وكون ما بعده حيضا موقوف على ما تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا في حق الزوج الاول ثم يحتاج في الثاني الى ستين على ما سمعت على التخريجين وعند ابي يوسف تصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما عنده لان مدته اكثر من مدة الحيض فيقدر باكثر من اكثره بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة اطهار وتحتاج في حق الثاني الى ثلث وثلاثة ايضا وعند محمد تصدق في اربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلث حيض وطهران وتحتاج في حق الزوج الثاني الى اربعة وخمسين يوما ثلث حيض وثلاثة اطهار هذا في حق الحرة واما في حق الامة فتخريجه على المذهب غير خاف والله الموفق

باب الايلاء تحريم الزوجة باربعة طرق الطلاق والايلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح في وقته ثم اولاه الايلاء لانه اقرب اليه في الاباحة لانه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس الا بالطلاق في الحال او الى انقضاء العدة غير ان ثبوته باسباب الكل فالاشبه منها الابتداء تنجيزا او تعليقا فقدم ثم اولى الايلاء لانه لا يلزمه المعصية اذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد او عدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس بخلاف الظهار واللعان فانهما لا ينفكان من المعصية ولهذا اقدم عليهما الخلع لانه ايضا لا يستلزمها اذ الجواز ان تسأله لا للنشوز بل لقصد التخلي للعبادة او لعجز عن اداء حقوق الزوج والقيام بامورها وانما قدم الايلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانفكاك منها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والايلاء لغة اليمين والجمع الالايا قال قليل الالايا حافظ ليمينه وان بدرت منه الالية برت وفعله الى يولي ايلاء كتصريف اعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا ابدا او تعليق ما يستشق على القربان وهو اولى من قول بعضهم الحلف على ترك قربانها اربعة اشهر لان مجرد الحلف يتحقق في نحو ان وطئتك فعلي ان اصلي ركعتين او اغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس مما يشق في نفسه وان تعلق استحقاقه بعارض فيهم في النفس من الجبن والكسل بخلاف ان وطئتك فعلي حج او صيام او صدقة فالمعنى الاحسن لا يخلو عن احد المكروهين من الطلاق او لزوم ما يشق عليه هو اولى من قولهم من لا يخلو عن احد المكروهين من الطلاق والكفارة لقصوره عن نحو ان قربتك فعبده حر او فلانة طالق واما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة واهلية الحالف وعدم النقص عن اربعة اشهر والاول بالزوجية والثاني باهلية الطلاق عنده وعندهما باهلية الكفارة فيصح ايلاء الذمي عنده بغير كفارة نحو والله لا اقربك فان قربها لا يلزمه كفارة وان مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما الا ان آلى بما هو قربة كان قربتك فعلي حج او صلاة او صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كان قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة او الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة هو تقدير البر والفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا اقربك لا اجامعك لا اطأك لا اباضعك لا اغتسل منك من جنابة فلو ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا امسك لا آتيك لا اغشاك لا المسك لا اغيظنك لاسوءنك لا ادخل عليك لا اجمع راسي وراسك لا اضاجعك لا اقرب فراشك فلا يكون ايلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا اجامعك لا انيكك وهذه كنايات تجري مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة او مجازا لا بالحقيقة والا لوجب كون الصريح لفظا واحدا هو ثاني ما ذكر وفي البدائع الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدنو كناية وكذا لا ابيت معك في فراش وبخلافه ما في المنتقى لا انام معك ليلا

ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح لا تبين بتفريق القاضي

بالنية وكذا لا امس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جوامع الفقه لا يخالفه وقال في لا امس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن ان يلف في كره بشئ وفي المرغيناني يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الغرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة الى النية وهو فرع ان يراد به ذلك ولا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال انا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرع فان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لان شبهها في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل ان يقول الايلاء الحلف الى آخره وقوله انت علي مثل امرأة فلان او انا مول ليس فيه صيغة حلف انشائية ولا تعليقية لان معنى الحلف قوله والله لا اقربك ونحوه او ان قربتك وليس قوله انت مثلها الخ ولا احتمالا لوجوه ولفرض عدم وجوده سابقا ولا حقا الا ان هذا جواب الرواية صرح به الحاكم ابو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى اشركتك في ايلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين او كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله انا منك مول معناه انا منك حالف ومعلوم انتفاء اليمين بالله تعالى فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله انا حالف كذا التشبيه المذكور فيه ل اليه ولو قال لا وطئتك في الدبر او فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لمالك رح ولو قال لا جامعتك الاجماع سوء يسئل عن نيته فان قال اردت الوطي في الدبر صار موليا وان قال اردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية وان قال اردت دون ذلك فهو مول **قوله** ولزمته الكفارة وليس حكم المولي مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المعنى المذكور في قوله اذا قال الرجل والله الى آخره لما تعرف ان المولي قد لا يكون حكم الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعي رح في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله في الجديد كقولنا الا ان وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة بل ثبت في الشرع ذلك كالتلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والاخروي اعني المغفرة وسقوط الكفارة وثبوت احدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها تائبا فان توبته تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها اجماعا لاطلاق قوله تعالى ذلك [illegible] يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس **قوله** سقط الايلاء باجماع العلماء على معنى انه لو قربها بعد اربعة اشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تنحل بالحنث **قوله** وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لم يقل الشافعي رح تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه او الحاكم وبه قال مالك واحمد رح ورجح بان الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثالثة بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وجه دفعه في الكنايات غير انه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخليص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه بسبيل من ان يردها الى عصمته ويعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع وجود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهائها باثباته ثم الخلاف في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها توقف الى ان يفيء او يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء للتعقيب المعنوي في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الجمل للتفصيل قبلها وغيره فان كانت للاول فقوله تعالى فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من اهلي ونحو توضأ

لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع
بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين

فتفصل مع جوابه وهو عليه سبحانه فلا يفيد ذلك التعقيب بل التعقيب الذكري بان ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل
من التعقيبين جائز الارادة في الآية المعنوي بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا اي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم ان يتربصوا اربعة
اشهر من غير مؤاخذة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع لهذا الغرض فيصح كون الادخال فان فاؤا
اي رجعوا عما استمروا عليه الوطء في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكري او بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين
على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة او غفور للحنث في اليمين ان كان برضاها لغرض تحصين ولدها عن الغيل وهو رحيم
بشرع الكفارة كافية عنه فتقرر ما افاده قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح احد الجائزين وهو كون الفيء في المدة اما باعتبار ان الاصل توافق القراءتين
فاذا تيسر كما هنا لزم اما شاذة عن مرتبة التفسير للمراد بالمتواترة او باعتبار انها تستقل لاثبات كون الفيء في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها اعم من كونه فيها او بعدها بناء
على انها حجة عندنا وان ابى الخصم ورد المختلف الى المختلف ثم اذا ثبت الاصل لا شك ان القراءة الشاذة انما يقرأها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا
فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية اخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامرين كونها
قرآنا او خبرا عن صاحب الوحي وكل ذلك دوران بين الحجية على وجه بينهما على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها جواز الفيء
في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان له ان يفيء بعدها فجعل يمينه اذا لم يف فيها ايلاء بمجرد مضيها وقوع الطلاق فلا يمكن من استيفاء اشتباه
والقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان يفيء في المدة او يثبت الطلاق بتطليقه او تطليق القاضي على الخلاف هذا
هو المفاد بقوله تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على عرف من التأويل لان الترديد ياخذ في كل قسم منه نقيض الآخر اي فان عزموا الطلاق
فلم يفيئوا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة ان لا فيء الا في المدة الثاني ان تمضي المدة تقع الفرقة فيها طلاقا بائنا وعنده
لا يكون التفريق الا بطلاقه او بطلاق القاضي لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه
والنص يشير الى انه مسموع وهو قوله تعالى فان الله سميع عليم والوجه الذي ذكره المص وحاصله الحاق المولي بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق
فان لم يفعل طلق عليه بجامع انه امتنع من الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان سوقا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه
ولو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عنده كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم مضيها وان عزموا الطلاق
وان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس كما يسمع وسوسة
الشيطان عليم بما استمروا عليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك وانما نحن في هذا جواب الثاني ومن الاغيار ان العنين ليس بظالم فاشبه التخفيف
عليه فلذا كان اجله اكثر والمولي ظالم بمنع حقها فجازي بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء معتقد فقد كان في الجاهلية تنجيزا
فجعله الشارع مؤجلا او نقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هو رفع القيد الثابت شرعا
بالنكاح والقرآن على الآية التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ الا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة
لفظا فلا يبعد ان يحكم به عند ظلمه بمنع حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون طلاقا بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيره فيتحقق الظلم
لانا نقول ذلك في الحكم اما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها احيانا ليعفها فان ابى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار
تفيد ذلك لكن يبقى ان يقال هذا انما يفيد تجويز وقوعه كذلك فنقول بجوازه ولكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضاه لا بد الدليل هو ما جعلناه من الآية وانه

وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به

فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي علمتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود رضي الله عنه لما افادت ان لا فيء بعد المدة لزم استفادة قوله من الحكم بالصلاحين من الفيء والطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بامر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محل استدلال المصنف حيث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة والظاهر انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كانه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقرينة تأخيرها الى آخر ما ذكرنا واحتج ايضا بآثار وهي ما روى الدارقطني قال ثنا ابو بكر الميموني قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا فقال لا ادري ما هو قد روي عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن ابي ثابت عن طاوس عن عثمان رضي الله عنه وما روى مالك في الموطأ عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما ان يطلق واما ان يفيء وما روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا يحل لاحد بعد الاجل الا ان يمسك بالمعروف او يعزم بالطلاق كما امر الله تعالى وقال لي البخاري قال لي اسمعيل بن ابي اويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال اذا مضت اربعة اشهر يوقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي رضي الله عنه ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال ادركت بضعة عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول يوقف المولي وقال بعضهم روى سهيل بن ابي صالح عن ابيه قال سألت اثني عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى يمضي اربعة اشهر قلنا الآثار الاربعة الاول معارضة اما الاول فبما روى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا اولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذاك فان حال رجاله الامير فلما حبيب فهو ايضا اعضله فلا يعلم ان طاوسا سمع عن عثمان رضي الله عنه فهو منقطع واما الثاني فبما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن قتادة ان عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهو كل منها مرسل فان راويه محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم مرسله وكذا قتادة وبما استعمار ان وتوفي قتادة سنة سبع عشرة او ثماني عشرة ومائة على اختلاف الاقوال كذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة اربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة فاحتمل في هذا القدر تم الثبت من اشتهار قتادة بغاية الحفظ والاتقان والحافظة على الادراك بيقينه اكثر واشهر من التثبت بحيث قال عبد الرزاق عن معمر قال جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت منها اعظم مما دخلت ورأيت حمامة اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت اصغر مما دخلت ورأيت اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين اما التي خرجت اعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه واما التي خرجت اصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويشك واما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو احفظ الناس انتهى وفي المسند [illegible] من حفظه واما الثالث والرابع فبما اخرجه ابن ابي شيبة ثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا اذا آلى فلم يفئ حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم اخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فيتعارض ما رضاه فيبقى الاول من قال بان اصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف فقد بينا في كتاب الصلاة انه تحكم محض لا يحل التقليد فيه اذ كان العزم على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يخصه الكون ثم لم يكتب في خصوص ايراد معينه ولا اثر لذلك وقول البخاري اصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره وقال المحققون ان ذلك يتعذر الحكم به وانما يمكن بالنسبة الى صحابي وبلد فيقال اصحها عن ابن عمر مالك عن نافع

وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

عن أبي هريرة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عنه وأصح أسانيد الشاميين الأوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة رضي الله عنهم وأصح أسانيد اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة رضي الله عنه ونحو ذلك وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اهتمام هذه فإن في خصوص المواد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك ثم قد يكون الراوي لعين أكثر ملازمة لعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له على ما هو حال من اعتنى بإعادة بأفراد متونه واهتم بها حتى في تحديثه وعند ليسه إن كان ويتصور عند ابتداء سؤال من لم يلازمه تلك الملازمة لشأني فرق بين فرض أن غيره ممن هو شأنه كذلك بالنفس من الضبط أو أرفع منه فأتقنه وحافظ عليه كما حافظ على ما هو محفوظ ثم يكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضته إياه والأصح حكم فإن بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر إلا بالملازمة والذي يزيد به على الآخر إنما هو بالنسبة إلى مجموع متونه لا بالنسبة إلى خصوص متن من حتى يكسب سعيد بن جبير قد روي عن ابن عمر وابن عباس خلافه والمعارض الشافعي عن سليمان فما حصل أن قول جماعة من الصحابة كذلك وكذا الحكم وسهيل حاله شيئين من هم فهم لكون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال في الفقه كما أسمعناك من كون وكون ما في هذا على خلاف المروي عنهم أفقه ما على ضبطه ونحن قد أخرجنا ما قلناه من الأكابر مثل عثمان وعلي ما يعل ترجيح ما عارضنا به وكذا عن زيد بن ثابت وهو من كبارهم ومن أخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس فما قدمناه وكذا عن عمر بن الخطاب أخرج الدارقطني عن ابن إسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب بن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقول إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهو أملك بردها ما دامت في عدتها وابن إسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج عبد الرزاق ثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال آلى النعمان من امرأته فكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه فقال إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة وأخرج نحوه عن ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول وأخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وهذا الترجيح عام وهو أن كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه لأنه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا أنه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لأنهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روي عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل على أنه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لأحد الفريقين أصلا **قوله** وإن كان حلف على الأبد هو بأن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتصرا إلا أن تكون حلفها أطلق بحول الصلاة أنه ممنوع بالجوع فإنها تنبه لو قال والله لا أقربك إلى اليمين وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة أو حتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا **قوله** إلا أنه لا يتكرر استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيها قبلها وهو أنه يقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى إذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال أبو سهل وعليه مشى المرغيناني لأن حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فأنت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا إذا أصح بلزومه والمختار قول الكرخي وهو أنه لا يقع إلا إذا تزوجها وعليه مشى في البدائع وتحفة الفقهاء وشرح الإسبيجابي والجامع لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الأول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد إيلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الأشهر جزاء للظلم وليس للمبانة حق الوطء فلا ينعقد الإيلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم البر فيه بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها ثم مضت مدة الإيلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الإيلاء لصدوره في حال تحقق الظلم فيكون وقوعه جزاء تعليق البائن بالبائن المعلق لحق البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في أول الكنايات وبهذا التقرير يندفع كما الجواب عن قول أبي سهل إنه كقوله كلما مضت أربعة أشهر

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بيناه فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رض لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين

فانت طالق وذلك لان قوله [illegible] طلاق بمضي اربعة اشهر انما صار [illegible] فاذا مضت اربعة اشهر فانت طالق اذا انعقد ايلاء شرعيا استعقب الحكم من وقوع الطلاق بتقدير البر وانعقاده ايلاء انما يثبت على تقدير [illegible] لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن طلاقا او [illegible] ترك قربانها [illegible] من الايلاء فالايلاء [illegible] دون ايلاء [illegible] كلما مضت اربعة اشهر طلقت فيه وحده حكم اليمين المجردة وهي الكفارة بالوطء كما لو حلف على الاجنبية والله لا اقربك ثم تزوجها [illegible] حتى مضت اربعة اشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرر الكل في الايلاء المطلق لزمته الكفارة لو وطئها وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء **قوله** ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من التزوج والطلاق في ذلك كذا في الكافي وقيده في النهاية والغاية بما اذا تزوجها بعد انقضاء العدة فاما اذا كان في العدة اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق [illegible] مؤبدا ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الايلاء فان مضت اربعة اشهر في العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شيء وان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء ويعتبر ابتداؤه من التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله ولو تزوجها في العدة [illegible] في شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه [illegible] اعتبار الطلاق كما في الهداية **قوله** وهي فرع مسئلة التنجيز [illegible] خلافا لزفر [illegible] بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم [illegible] في مسئلة التنجيز وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم عادت اليه فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فعنده [illegible] فيه خلاف [illegible] كذا المولي من امرأته ثم طلقها ثلاثا يبطل الايلاء حتى لو مضت اربعة اشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا لزفر [illegible] بالايلاء مرة [illegible] ثم عادت اليه [illegible] بثلاث تطليقات [illegible] كلما مضى عليها اربعة اشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف [illegible] وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد مرت **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا وقال به الائمة الاربعة واكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعي وقتادة وحماد وابن ابي ليلى واسحق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة لاطلاق الآية في ذلك فانه لم يقيد الايلاء بكونه على اربعة اشهر فصاعدا بل خص الاربعة مدة التربص واطلق الحلف وكان ابو حنيفة رح اولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس لما صح عنده فتواه بخلافه اخرج ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رض قال اذا آلى من امرأته شهرا او شهرين او ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء واخرج البيهقي عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت الله عز وجل اربعة اشهر فان كان اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء واخرج ابن ابي شيبة نحوه عن عطاء عن طاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك ان ظاهر الرواية كقول من قال بانه ايلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد لاطلاق الحلف في كونه ايلاء فلا يجوز الا ان يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكره [illegible] لا يقدح على القرآن [illegible] وهذا ليس كذلك فرع كون اقل المدة اربعة اشهر والنخعي لا نقول بقوله اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فاثبات كون الاقل [illegible] معاودة **قوله** ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع الخ قيل هو بناء على انه اراد بالاقل من اربعة اشهر شهرا فان وضع المسئلة في الاصل ان حلف لا [illegible] شهرا او الا فالاقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا في بعض المدة مطلقا لا في اكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة اشهر وقيل لفظ اكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر وقيل اراد بالاكثر تمام المدة اربعة اشهر سماها اكثر لانها اكثر من المدة المحلوف عليها الا ان الاشكال [illegible] المانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على اقل من اربعة اشهر واستضعف في الكافي قال وانما يصح ان لو قال في اكثر المدتين [illegible] ووجهه ان افعل التفضيل يلزم من اضافته الى شيء كونه بعض ما اضيف اليه كذا امتنع يوسف احسن اخوته وخواص البشر افضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التي هي المدة الاكثر

العدة

وشهرين بعد هذين الشهرين فهو موصول لانه يجمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

بعض المدة المضاف اليها الا استخدامه يكون الاربعة بعض ما هو اقل منها فلزم في صحته ان يقول اكثر المدتين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهي اربعة اشهر متان والثانية اكثر منها ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان احسن واسلم **قوله** وشهرين بعد هذين الشهرين الى اخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا في حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا اذ لا فرق بين مكثه يوما او ساعة وقيل تكرير اليمين في مجلس ومجالس بينها اقل من يوم يخير عند ابي حنيفة وابي يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان اثبات المذهب نصوا على ان قوله والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكي في قوله والله والله لا افعل كذا فذكروا ان الظاهر الرواية انهما يمينان وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة في المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا وفرع في الدراية في آخر الباب من غير ان يعزوه قال والله لا اقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة ويطلق ثلثا يتبع بعضها بعضا قياسا قال وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يزد على ذلك لم يكن موليا ايضا لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتاخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد او بساعة بحسب ما فصل بين اليمينين فالحاصل من حلفه الحلف على شهرين ويوم او ساعة على حسب الفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وقلبه وتعدد البر بتعدد المدة لانه بتعدد الايلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع والمنع يجب تعدده من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله او تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم بتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد ومن تعدده في التجريد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم مثال تعددهما اذا جاء غد فوالله لا اقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك اما انهما يمينان فلتعدد الذكر واما انهما ايلاءان فلتعدد المدة فان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت ايضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان اطلق لزومهما في الكافي ولو قربها في الغد لزمته كفارة لان الغد لم ينعقد عليه الا يمين واحد وتعدد الكفارة بتعدد اليمين وفي النوازل قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة فان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه ومن تعددهما والله لا اقربك اربعة اشهر والله لا اقربك اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر وآخرى لا اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا انه تعدد وتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين اعني قوله والله لا اقربك شهرين ثم بعد يوم والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الاخيرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد تواردوا شرح الهداية من النهاية ومختصرها وغاية البيان على انقطاعه عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا

لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد الاولى شهرين بعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر وهو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر

في الاربعة الثانية ولو كان اطلق فقال والله لا اقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا اقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بطلقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى اذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى في الكتاب في تابيد اليمين فان الايلاآت هناك تنزل متعاقبة بواسطة تابيد اليمين الواحدة فيها الخلاف في انه هل ينعقد الايلاء الثاني في العدة اولا ومن منعه قال لا ينعقد الايلاء الا في حال يكون بالمنع ظالما اما ههنا فالايلاآت الثلاثة صح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فيقع بحكم تابيد اليمين اذا مضت اربعة اشهر من وقت التزويج ومثال اتحادهما والله لا اقربك اربعة اشهر او لا اقربك شهرين وشهرين وفي الكافي نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا اقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بكلمهما معا لم تنحل اليمين بل لو كلمت احدهما بعد الآخر يثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد اليمين فان علة التعدد فيما بعده بعينها في هذه ومثال تعددها البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بانت بطلقة فاذا مضى يوم آخر بانت باخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفي هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء للشرط المتكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول ايضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه بوالله كلما دخلت لا اقربك بخلاف كلما دخلت فوالله لا اقربك كذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلثا ان قربتك يتعدد برا وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بالمدة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شيء آخر بعد الثلث ونحوه كلما دخلت فعبدي حر ان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جاء غد فوالله لا اقربك ثم قال في المجلس اذا جاء غد فوالله لا اقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر من غير ان يزيد لفظا آخر او نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافيات لو قال والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك في ثلث مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان اراد به التكرار فاليمين واحدة والايلاء واحد وان لم ينو شيئا او اراد التشديد والتغليظ او هو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاآت ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا ان يكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد ولا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء

قوله لم يكن موليا اي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان اربعة اشهر وقعت تطليقة **قوله** اعتبارا بالاجارة وهو ما اذا قال اجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر وبما اذا اجل الدين **قوله** ويمكنه ههنا لان المستثنى

صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة **قال** ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده

يوم منكر فيصدق على كل يوم من ايام تلك السنة حقيقة فيمكنه ان يطأها قبل مضي اربعة اشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا ليوم الوطء المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر سنة ليس اللفظ بل تصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا يتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الاخير وكذا المقصود من تاجيل الدين تاخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا اكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال شطر منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء ايضا يكون عن المغايظة **قوله** صار موليا لسقوط الاستثناء مع ان الباقي من السنة مدة الايلاء ولو طلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه لا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو اطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت اربعة اخرى لم يقربها فيها وقعت اخرى فاذا تزوجها فمضت اربعة اخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة اقل من اربعة اشهر **قوله** ولو قال وهو بالبصرة اذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه او زمان معين هو في غيره ان كان بينهما قدر اربعة اشهر كان موليا على ما فرع قاضي خان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة اربعة اشهر ففيه باللسان ولم يعتبرا امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في اقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر ان يكون بينهما ثمانية اشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وكان بينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في اقل من اربعة اشهر فيقربها وان كان بينهما اقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن احمد ونحوه قول ابن ابي ليلى فانه يكون موليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وينبغي ان يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على اقل من اربعة اشهر ابن ابي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في المحرم وهو في شوال او حتى تفطمي ولدك الى مدة الفطام اقل من اربعة اشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من ان المولي من لا يمكنه القربان في الاربعة اشهر الا بشيء يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون اقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها اربعة اشهر وبالضرورة انهم لا يلزمون ذلك الا ان يجعل هذا اصلا ممهدا في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من اربعة اشهر بدليل من اقوال الصحابة فتطلع الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم اورد على هذا الاصل ما لو قال والله لا اقربكن لاربع نسوة فانه مول فاذا تركهن المدة طلقن ولو قرب ثلثا منهن لا يلزمه شيء فثبت ان امكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الايلاء واجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسألة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شيء لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بادنى تامل **قوله** ولو حلف بحج الخ بان يقول ان قربتك فعلي حج او عمرة او صدقة او صيام او هدي او اعتكاف او يمين او كفارة يمين او فانت طالق او هذه لزوجة اخرى او فعبدي حر او فعلي عتق عبد منهم فهو مول اما لو قال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ذلك ثم يطأها بلا شيء يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة او سجدة تلاوة او قراءة القرآن او الصلوة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول وقيل في الصلوة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانه مما يلزم بالنذر وتقدم اول الباب ما يجاب به عنه وتجب صحة الايلاء فيما لو قال

وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا

فيصلي مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة النذر المذكورة اول الباب فان قلت ينبغي في الصلوة في بيت المقدس ان يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلوة في بيت المقدس ان لا يسقط الا بالصلوة فيه لكن المذهب ان له ان يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي ان اتصدق على هذا المسكين بهذا الدراهم او مالي هبته في المساكين لا يصح الا ان ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك اشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح وهو رواية عنها وكذا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح ولو قال كل امرأة اتزوجها من اهل الاسلام لا يصير موليا وعلى هذا لو قال لا اقربك حتى اعتق عبدي او حتى اطلق فلانة او حتى اطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شيء بان لا يشتري عبدا ولا يتزوج وبتقديم الغاية قلنا لم يمكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا اقربك حتى تطلع الشمس من مغربها او حتى يخرج ياجوج وماجوج او ينزل عيسى عليه السلام او حتى يخرج الدجال او الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور بقاء النكاح كقوله حتى اموت او تموتي او اقتلك او تقتليني او ابينك وان كانت توجد في المدة لكنه تصلح جزاء نحو حتى اعتق عبدي او اطلق فلانة كانت موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه **قوله** وفيه خلاف ابي يوسف رح اي في ثبوت الايلاء بالحلف بعتق عبد المعين فان ضمير فيه لعتق عبد المعين وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه **قوله** البيع موهوم اي هو غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا تجد مشتريا في المدة فتمضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها ايضا لكن امتثالها واجب لوجوب طاعته الزوج بخلاف امتثال المشتري اذ كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء ولو ملكه بسبب شراء او غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطئها قبله فان كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطئ بغير شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها او ابانتها ثم تزوجها **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا باتفاق الائمة الاربعة بخلاف من البائنة وان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الايلاء مقيدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالمطلقة الرجعية وحرمة الوطئ كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب ان العبرة في المنصوص عليه بعين النص لا بالمعنى النص والمطلقة الرجعية كانت من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما عرفناه في اول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الايلاء الا ترى انه يثبت الايلاء وان سقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولدها وغيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار ابتناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق ايضا اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا الحصر يقتضي انه لو لا هذا لصح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية

لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء

فالاسناد اليه اولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل واحد نقض الا المانع فالحق ان هذا النظم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما **قوله** لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال الله تعالى وللذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلابد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار ووقت وجود شرطهما لما عرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة وكذا في الايلاء والظهار حتى اذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فانت علي كظهر امي الا انه لا ينعقد الايلاء والظهار الا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطيها **قوله** اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الوطي لان انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا الا ترى انها تنعقد على ما هو معصية **قوله** كمدة العدة اي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رح تستوي مدة ايلاء الحرة والامة والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربص هو اجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وايضا تربص العدة للتعرف والتعرف الفراغ فهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء قالا وجه الاستواء العموم النص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضربها ايلاء لعذر الزوج ورفعا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فاخرت عقوبته الدنيوية تطلبها الى انقضاء اربعة اشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة **قوله** وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع لا فرق بين كون عدم القدرة لمرض او للجب كما انه في جهتها لا فرق بين كون المانع مرضها او الرتق او القرن ومن الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها او بالجب او العنة او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة او بينهما اربعة اشهر او حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلث ففيئه باللسان بان يقول فئت اليها او رجعت عما قلت وراجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها واختلف في الحبس صحح الفيء باللسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي مجنونة او هو محبوس او كان بينهما اقل من اربعة اشهر الا ان السلطان يمنعه او العدو ولا يكون فيئه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على امكان الوصول الى السجن بان تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر وعلى شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيئا وقيل لا وهو اوجه ثم هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي اربعة اشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض او بعد مسافة او حبس او جب او اسر ونحو ذلك او كان عاجزا حين آلى وجواز العجز في المدة لم يصح فيئه باللسان خلافا لزفر في غير الاخيرة قال العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفئ فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيئه الا بالفيء حقيقة بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الايلاء باذى اللسان ففيئه الذي هو توبة بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء مؤبدا وهو مريض بانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وصح عند ابي يوسف رح وهو الاصح على ما قالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض

وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حانثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان
واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف
واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين
ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت
التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله

و في زمان الصحة هي مباحة لا حق لها في الوطء فلا يعود حكم الايلاء فيه وجه البقاء ان ذلك بتقصير منه فانه كان يمكنه الفيء باللسان
قبل مضي المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بان كان محرما وآتى وقت افعال الحج اربعة اشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان
وهو رواية عن ابي يوسف لان الاحرام منع من الجماع شرعا فيثبت العجز فكان فيئه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لانه المتسبب
باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا **قوله** وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان
حانثا وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لانه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فان اراد بقوله لو كان فيئا لكان حانثا ان الفيء لا يكون
الا بالجماع فلو كان فيئا لكان بالجماع فكان حانثا لزم صريح المصادرة والنص هو قوله تعالى فان فاؤا لا يوجب تعيين كون الفيء الجماع لان
معناه وان رجعوا عن عزمهم ذلك على الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه
ذلك فلا يتم ما قالا والحق ان مذهب الشافعي ومالك واحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لان
يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق **قوله** وصار فيئه بالجماع حتى لو لم يجامع حتى تمت المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود
عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم
الخلف كالمتيمم اذا رأى الماء **قوله** سئل عن نيته هذا هو المذكور في كتب محمد رح وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية
وهو قول ابي بكر وعمر رض وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاؤس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن علي وزيد بن ثابت
وابن عمر وابن ابي ليلى ومالك ان الحرام ثلث الا ان مالكا قال ينوي في غير المدخولة ويروى عن علي رض التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا
غير ما ذكرنا **قوله** لانه نوى حقيقة كلامه اذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم انه كتحريم
قصعة من ثريد ليس بشيء واورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف اليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب
ان هذه حقيقة اصلية فلا تنال الا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء وقاله شمس الائمة
السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهرا لان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى ان قال
تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فلا يصدق في القضاء في نية خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر والاول
قول الحلواني فظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث **قوله** الا ان ينوي الثلث ولا تصح نية الثنتين الا في الامة خلافا لزفر والزهري رح
في الكنايات وهو التفصيل فيه بين كون الحال حالة مذاكرة الطلاق اولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال انت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى
الثلث وقعت ثنتان فكملت الثلاث **قوله** وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية
ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وانما نقله شمس الائمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو
منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى الظهار ولا اعرف النقل عنه **قوله** ولهما انه اطلق الحرمة الخ حاصله ان الحرمة
اعم من الحرمة التي هي ظهار او لا والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء **قوله** وان
قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا ونص في المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين او لم ينو شيئا

بعض المشائخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب

كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية بهذا قال محمد وعن مشائخ بلخ تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذا حلال المسلمين ثم على قول محمد اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب من اليمين فيحنث اى ذلك وجد فاذا تناول شيئا من الطعام والشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب من امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين ان يتناول قليلا او كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية اذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين **قوله** ومن المشائخ هم المتاخرون لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لام ان تزوجتك فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي انا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاق قاصدا غير ناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغيناني لا اقول لا يشترط النية لكن تجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله انت على حرام او حرمتك على او لم يقل على او انت محرمة على او لم يقل على او انا عليك حرام او محرم او حرمت نفسي عليك ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله انت معي في الحرام بمنزلة قوله انت على حرام وفي الفتاوى لو قال لامرأته انت على حرام او حلال الله على حرام فهذا على ثلاثة اوجه اما ان كانت له امرأة او اربع او لم يكن له امرأة ان كان به واحدة فقد ذكرنا وان كان له اربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندي والامام مسعود الكسائي يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندي ان الاشبه ما في الفتاوى لان قوله حلال الله او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احدكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ثم قال لامرأة اخرى ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ففعل احدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغي ان يقع كما لو قال معلقا دون الاول **فرع** تتعلق بالايلاء لو قال لا اقربك ما دامت امرأتي فلانة تحتي ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها ولو قال ان قربتك فعلى ان انحر ولدي صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزمه بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزمه فيه شيء عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروي عن ابي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي رح وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن او مرض ووطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت اربعة اشهر بن جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثلث يمكنه بغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكانه قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا عليهن فلما لم يوجد وطئ جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطئ كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا اقرب احدكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب احدهن بانت

باب الخلع

وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به

واحدة على الزوج أن يعينها وعنده يبين كلهن لأن قوله إحداكن وواحدة منكن سواء ولو قال لا أقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا
فكذا إذا قلنا إحداكن لا يعم لأنه معرفة ولذا لا يصح أن يقال لكل إحداهن على عدتهم وأما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على عدتهم
ولو قال لزوجته والله لا أقرب إحداكما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل المدة لا يصح كما لو علق طلاق إحداهن بمجيء
الغد وعين قبل الغد وإذا بين بعد الطلاق تعينت الثانية المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى فعند أبي يوسف لا تبين الأخرى وكذا إذا لم يبين وقالا
تبين لأن اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الأولى بالبيان تعينت الأخرى للإيلاء كما لو ماتت إحداهما ولأنه آلى من إحداهما لا منهما وأحد
هنا ليست نكرة حتى تعم لأنها مضافة وتعينت فلا تبين الأخرى وفي المحيط لو قال أنتما علي حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها
ولو قال والله لا أقربكما لا يحنث إلا بوطئهما والفرق أن هتك حرمة اسم الله تعالى لا يتحقق إلا بوطئهما وفي قوله أنتما علي حرام صار
إيلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليا عند أبي حنيفة رح وروى أبو يوسف عنه
أنه يبطل الإيلاء وإذا اختلفا في الفيء مع بقاء المدة فالقول له لأنه يملك الفيء وبعد مضي المدة فالقول لها لأنه ادعى الفيء في حالة لا يملكه فيها والله الموفق

باب الخلع هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة
ملاحظة الملابسة كل لآخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وفي الشرع أخذ المال بإزاء ملك النكاح فالأولى قول
بعضهم إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم إزالة
ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع ونحوه وببدل فيما يليه فالصحيح إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فإن الطلاق على مال ليس
هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا ولا يجري فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف
ولو قيل إنه بالمفهوم الشرعي ما صدقات المفهوم اللغوي لأن النزع مطلقا أعم من كون متعلقه أمرا حسيا أو معنويا كقيد النكاح
بمقابلة شيء أو لا عم لم يبعد ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الأصول لغة لأن
تخصيص الاسم بالأخص بعد كونه للأعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا
وصفته أنه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة وعندهما هو يمين
من الجانبين وستأتي ثمرة الخلاف **قوله إذا تشاق الزوجان** أي تخاصما وخافا أي علما كقوله ولا تدفنني في الفلاة فإنني أخاف إذا
ما مت أن لا أذوقها أي أعلم وحدود الله تعالى ما حده من المواجب التي أمر أن لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب إذ الباعث
على الاختلاع غالبا ذلك لأنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الإباحة فإنه قال
فلا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال وإباحة الأخذ منها مشروط بمشاقتهما فهو معتبر شرطا في ذلك **قوله فإذا فعلا ذلك وقع الخلع تطليقة بائنة**
ولزمها المال هذا حكم الخلع عند جماهير الأئمة من السلف والخلف وذهب المزني إلى أن الخلع غير مشروع أصلا وقيدت الظاهرية صحته
بما إذا كرهته وخاف أن لا يوفيها حقها وأن لا توفيه حقه إذا كرها هو وقال قوم لا يجوز إلا أن يأذن السلطان روي عن ابن سيرين
وسعيد بن جبير والحسن وقالت الظاهرية لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع و

لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة

ويكون رجعيا فان راجعها ردّ البدل الذي اخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك
وجه قول المزني ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن
قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اجيب بانه متوقف على العلم بتاخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثاني لان هذا النهي
متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو ارادوا بالنسخ تقدم حكمها
على المطلقة في تلك الصورة اعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص
على العام فهو وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبني على الخلاف في تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع
مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت ح وجوب الترجيح ان امكن والترجيح ثبت للمحرم على المبيح
لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع
قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما
في لا صلوة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنع احدا طاف بهذا البيت وصلى اية ساعة شاء من ليل او نهار او ايجابا كقوله
صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والاخفض كونه عاما لا يقتضي التقدم بعين مفهومه
بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل اوجب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكر المصنف بقوله كره له ان
ياخذ يعني كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تاويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان
الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان اللازمة تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ما ذكرنا وسياتي ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى
وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روي عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني عنه
وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها ذكر الله الطلاق في اول الآية وفي آخرها والخلع بينهما
قالوا وروى نافع مولى ابن عمر رضي الله عنه ان ربيع بنت معوذ بن عفراء اخبرت ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها
الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم افتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا انها لا تنكح حتى تحيض حيضة
خشية ان يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا واعلمنا فهو لا يراه من الصحابة فكان اجماعا سكوتيا قالوا بذلك ويستدل عليه
ايضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني
الثالثة المعاد شرعيتها بقوله او تسريح باحسان على ما اسلفناه من تقريره في فصل ما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق
اربعا والثاني منتف ايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء قلنا
اما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع في الواقع احد الجائزين بعينه وهو انه فسخ او طلاق فلا يفيد واما الآية فالنظر
الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة وليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما افاد شرعية الثنتين بين ذلك البعض
على حكم آخر هو جواز ان يقضيا البدل تخلصا من قيد النكاح وافتداء منهما من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا بموالاثنتين او الاثنتين اخذها خاصة

لا الواجب

البتة وهذا أوجه من قولهم بين الثلاثة تعارض وبغير هذا لا يحتاج الجواب إليه كما سمعت ولأنه يقتضي أن لا يشرع الخلع إلا بين شيئين بل إنما نص على حكم
الثلث وبين حكماً آخر لا فيه جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك وأما ما ذكره عن عثمان فتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال لا عدة عليها
ولا تنكح حتى تحيض حيضة وأصل هذا ما روي من حديث ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة
مدة رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري أنه
قال اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الإيجاد والإعدام فيها يفيد ذلك
بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخاً مع أن الذي نعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع أن ربيع بنت معوذ
جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها عدة المطلقة
وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم إنه قول أربعة من الصحابة ممنوع
لأنه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع أقضية النبي صلى الله عليه وسلم ورأى الأحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار أهلاً للاجتهاد بل يقلد بعضهم
من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فإنهما استفتيا عثمان فقال ما قال فاعتقداه فليس في المعنى الأول صحابيين بل المعتمد قول أهل
الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخاً وهو منتف بما روي عن عثمان مما يخالف ذلك نظير ما سبق الأول لابن عباس وذلك ما روى
مالك عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا إلى عثمان فأجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة إلا أن تكون سميت شيئاً فهو على ما سميت
ولا يعرف فيه إلا أن جمهان لم يعرفه الإمام أحمد فرد الحديث لذلك وهو جمهان أبو العلاء أو أبو يعلى مولى الأسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي نزيل
في أهل المدينة تابعي روى عن سعد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبي هريرة وأم بكرة الأسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى
بن عبيدة الربذي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة علي بن المديني في أنه عباس بن جمهان روى له ابن ماجه حديثاً واحداً في الصوم
عن أبي هريرة لكل شيء زكوة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا أخرج أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلي فثم ليلة حيث قول
غيرهم والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسند ابن أبي شيبة ثنا علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن
ابن مسعود قال لا تكون طلقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء وروينا عن علي أيضاً وتقدم ما رويناه عن عثمان قال عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن داود
بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين وكبار
التابعين قل أن يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا عن صحابي وإن اتفق فهو نادر عن ثقة بهذا تتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجية ما رواه
المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي وأعله بعباد بن كثير الثقفي عن أن النبي صلى الله
عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وإن كان لا يصح على طريق أهل الشام لأن الحكم بالضعف إنما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الأمر فجاز أن يقوم
دليل الصحة في نفس الأمر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على أصولنا وهو أن ابن عباس روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن
ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في
الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ابن عباس

الا ان ذلك الفضل اخذ بغير حق فيه ... ولا يقع الطلاق الا بالتفريق فانها اذا ... وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا

قال بانه فسخ وحمل الراوى عندنا بخلاف روايته نزل منزلة رواية الناسخ اللهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله اعلم به والجواب ان تبقى بين ثابت باطلاقها انتفاء الامر صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محمل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فعلى ابن عباس بعد ذلك ان الخلع فسخ كلام في اخرى وهو فيما ياتى من تسمية الراوى له طلاقا حقيقة فكان ترجيح الاسلام يقتضى تناول طلاق بمال ان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها استشكل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصحيح الذى لا يقاومه النقل التقديرى ولو تركنا الكل بتعارض رجعنا الى التعرف المعنى قاما قلنا فمن ذلك ما ذكره المصنف بقوله ولان ما الخلع من الكنايات ولو قال خلعتك ينوى الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا الا ان حقيقة الخلع لا يتحقق الا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح ما تم الا فلم يخلع ثم لم يجز عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضى خروجه عن حالة ذلك والفسخ انه فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا لانه هو المعهود والمحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما اريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار او البلوغ وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن اتمامه بمعنى والفسخ لان النكاح ضرورى لانه وارد على الحرية فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فيقتضى بها الملك فى حق الفسخ قوله الا ان ذكر المال استدراك باعتبار جزمه على قولنا انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا انكرها يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق فى لفظ الخلع والطلاق والمباراة والبيع فى عدم النية عند ذكر المال بان يقول بارئتك على الف او بعت نفسك او طلقتك على الف وعند عدمه يصدق فى انكارها قضاء فى الخلع والمباراة ان في لفظ الطلاق والبيع لانهما صريحان ذكره فى الكافى فاجاب بان ذكر المال يغنى عنها اذ لا هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انها لا تستحق الا بسببه المخصوص من قال لا بد من اذن الامام فلا اثر له وبظاهر قوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرط لشرعه الخوف والخطاب للائمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا فى صحيح التزاع فى العموم لكان خطابا لمتقدم الازواج فهو غير مستغرب فى القرآن ان يكون خطابا يأتى اخذ ان الاخر والمخاطبون باخذها غيرهم بالاخر والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من تمليها فيه ان الخلع وقع دون علم عثمان ... رضى الله عنه فلم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فافاد عدم ضمها ذلك فيكون المراد من الاية اذن الائمة من تمكينهم من الخلع اذا خافوا عليهما عدم القيام بالواجب فيما اذا رفعوا اليهم لانه الذى جعل الزام في اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يبقى يتم عند عدم هذا الخوف بالقول بالمعصوم تقييد طلب الطلاق بما جاء بقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات هن المنافقات رواه الترمذى تقيد فى رواية ابى داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما باس لم ترح رائحة الجنة الا بالحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع وانما يحصل ذلك على انه نزهى فلذلك ينصرف بالاحاص له والاخبار على الوجه المذكور فى الكتاب تمهيد هو ليتبين ان المال انما يسلم الا نفسها والله تعالى حجتها الا عند الكاثوليكيات لما لا ان كان مضيا لم يحصل الغرض الذى شرع لاجله فلانه معاوضة والتزوج قد ملك الملك بما صفقة هذه المعاوضة فلا بد من ان تملك نفسها محكما انها تحقيقا للمالكية فى جانبيها الصيحان اعلم قوله وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها شيئا لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما قيل ان هذا يثبت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس الشئ اذ لا معارضة فى التحريم فان اطلاق نفى الجناح فى الاية المطلقة يتقيد بالمشابهة فان الاية بهذا ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به فالنفى فى الاية الاخرى مقيد بالغرض والنشوز فلا يتعارضان فى حرمته الاخذ على تقدير النشوز منه فكان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة اخذ مال المسلم بغير حق وفى امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا

ويطيب الفضل لاطلاق ما تلونا بدءا ووجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها
ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

لتقتطع بالمال في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها بسببك وقال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعي على
حرمة اخذه المال كذلك فيكون حراما الا انه لو اخذه جاز في الحكم كما ذكر المصنف وآخر الاية يحكم بصحة ذلك وان كان بسبب خبيث وحاصله ان مقتضى ما تلونا يعني
قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما يعني صحة النفاذ في القضاء فاذكر شيئا ما لم يذكره غيره وهو قوله فيما جاز في القضاء والاباحة ترك العمل في حق
الاباحة لمعارض مع قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج الآية فبقي معمولا في الباقي اي في القضاء لا يقال الجواز هو الاباحة وتركها زمان وحدها
فنقول ان معنى الاباحة استواء الطرفين فعلا وتركا وليس هو معنى الجواز بل معنى الجواز فيما نحن فيه النفاذ شرعا اي الصحيح وهو المستتبع لترتب الآثار الشرعية
عليه من كونه سببا للحل والحرمة كما في كل نهي عن امر شرعي لم يقم فيه دليل على انه لعينه كالبيع وقت النداء او البيع بالخمر فلا تلازم ومثاله كذلك فالاخذ حرام مع حال
عدم نشوزها وان كان برضاها او لم يعمل كان اخذه سببا للملك كما في البيع فيما قلنا حيث ملك بسبب ممنوع لا لعينه كالنهي هنا عن امر حسي فيعدم وجوده شرعا
بخلاف النهي عن انها ممنوعة سببا مفيدا للحكم الملك كالنهي عن الزنا الا ان ذلك مقتضاه اذا لم يقم الدليل على ان النهي فيه هو العين وهنا دل على انه الزيادة الا [illegible]

لا يكون

ولقائل ان يقول انما ترك في حق الاباحة فقط يلزم ان ثبوت النفاذ شرعا عند ذلك لان دلالته على النفاذ ليس الا بدلالة التزامية للاباحة لان دلالة المطابقة
على الاباحة اذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح فيلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا انتفت الاباحة انتفت بلازمها الا ان يدل دليل مستقل آخر على ثبوت
النفاذ شرعا [illegible] على هذا فيظهر قول انها حرمته **قوله** لاطلاق ما تلونا بدءا اي اولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني بطريق دلالة
العبارة فان عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك ان مشاقتهما تتحقق لو كان له الحق في اخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فاخذه ذلك
فيما لا مشاقة منه فيها اولى **قوله** ووجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت الى آخره تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري وليس فيه ذكر الزيادة وقد رويت
مرسلة ومسندة فروى ابو داود في مراسيله وابن ابي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء واقرب الاسانيد سند عبد الرزاق قال انا ابن جريج عن عطاء جاءت
امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال اتردين عليه حديقته التي اصدقك قالت نعم وزيادة قال اما الزيادة فلا واخرجه الدارقطني
كذلك وقال وقد اسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل اصح واخرج عن ابي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت
عبد الله بن ابي ابن سلول وكان اصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته التي اعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم
اما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فاخذها وخلى سبيلها قال سمعها ابو الزبير من غير واحد ثم اخرج عن عطاء ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ياخذ الرجل
من المختلعة اكثر مما اعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس ان جميلة بنت سلول اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما اعيب على ثابت في دين
ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام لا اطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته فامره ان ياخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه
من طريق آخر وسماها حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا اسنده الامام احمد وسماها حبيبة بنت سهل الانصارية وزاد فيه وكان ذلك اول خلع في
الاسلام فقد علمت انه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لان المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا اذا اعتضد بمرسل آخر او بمسند ممن روى عن غير رجال الاول
او بمسند كان حجة وعندنا بها جميعا والخلاف في اسم المرأة جميلة او حبيبة او زينب وفي اسم ابيها عبد الله بن سلول او سلول او سهل
والمسئلة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل ان الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته انها اختلعت من
زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك الى عثمان بن عفان فاجازه وامره ان ياخذ عقاص راسها فما دونه وذكر ايضا عن ابن جريج عن

ولو طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك
النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة

موسى بن عقبة عن نافع ان عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب حتى نقبتها وروى ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن ايوب عن كثير بن ابي كثير عنه وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما اعطاها ورواه وكيع عن ابي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن ابيه عن علي انه كره ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وقال طاؤس لا يحل له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها واورد ان شرط قبول خبر الواحد ان لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اجيب اذا خص منه شيء او عورض بنص آخر فقد خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا بنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده والاطلاق الا اخذ منها مقيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض ولا تخصيص [illegible] الى مر ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصا لا يقال اخذ الزيادة ايضا غير متناول المطلقة لانه في نشوزهما ونشوزها وحده ليس نشوزهما لانا نقول ثبت اباحة اخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق اولى كما بينا على هذا فيظهر كون رواية الجامع اوجه ثم يكون اخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من ان يزداد الحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله اعلم

قوله ولو طلقها الخ صورته ان يقول انت طالق على الف او بالف اما لو قال وعليك الف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة او اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء او الى هنا يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس لما قدمنا وزاد في النهاية قوله وان قلنا تعليقه بالاداء لكانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله انت طالق على ان تدخل الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان اديت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو ممتنع في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على ذكر الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة اما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه او الجانبين فليس بهذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك والعلم بان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده منها تحقق فيه التحقيق الا فيما يحتمل خلافه اذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا مطلقا وقال الفقيه ابو جعفر ينوي الزوج ان اراد به التحقيق دون السوم يصح وتتحقق وبين الحنفية وبه المختار للفتوى قوله لما بينا يعني قوله ولانه اشبه ولانه تسليم المال الا لتسلم لها نفسها قوله وهي النفس الخ

قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر انه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شريف فلا حاجة الى ايجاب المال

ضميره الآخر وهو مذكر لتانيث اسمه الآخر اعني النفس **قوله** وان بطل العوض في الخلع الى آخرها حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل فاما ان يكون موقعها بلفظ الخلع او الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهي دون الثلث وترك المصنف التقييد بها لاشتهار الحال في الطلاق الثلث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على احد وفيهما معا لا يجب شيء للزوج وجه الحكم الثاني ان ملك النكاح في الخروج غير متقوم فلذا لا يلزمه شيء في الطلاق رجاجانا باعتبار الافتقار ليس وضعا للتقوم شرعا والا لثبتت القيمة ولو بالخروج كمهر المثل فاذا سمى غير المتقوم في غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا ووجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخف والنعل والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فما افاد حقيقة منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وما لا فرجعي ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدي واستبرئي رحمك انت واحدة على ما سلف فانما يقع بها الرجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيهما كقول مالك واحمد والشافعي [illegible] ... فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوما حال الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خالعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له الا المال فقط وهو قياس قول اصحابنا وهو صحيح وفي جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لانه مال لا يستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة **قوله** بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا فيرجع عليها فعند ابي حنيفة ترد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شيء عليه **قوله** وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر او نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتبه على ميتة او دم فان الكتابة باطلة حتى لو ادى الميتة والدم لا يعتق وهنا فاسدة فلو ادى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه لان ملك المولى فيه متقوم ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي كثمنه ابتداء وما رضي بزواله مجانا لانه لو رضي لنجز عتقه ابتداء فتسميته لما لا غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فيتنزل ولا يمكن رفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل في موضع لزومه يجب قيمة المبدل ولقائل ان يقول ان عنى يكون البضع متقوما عند الخروج او حالة البقاء لزم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وان عنى امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بقيمتها في تسمية الخمر ونحو الخنزير والجواب المراد امر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع باذن الشرع تقوم او لا ببيع او هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج **قوله** والفقه فيه اي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج انما هو البضع شريف

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها آبق

فلم يشرع تمليكه الا بعوض هنا ما الا سقاطه فنفسه شرف اي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية فلا حاجة الى ايجاب المال اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه **قوله** وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس كليا فانه صادق لبعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا او البعض لا كالاقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها يجوز وله ما في بطونها ولا تجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المآل فكانه تعليق بالانفصال من البطن واحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الآخر اعني المال ولا يقبل ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا له لانها غير غارة اذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا اذ يظهر بجواز كونه ريحا او ميتة فلا يلزمها شيء ويصح التاجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالعطاء وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التاجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية ... ويجوز اختلاعها على زراعة ارضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوة بها او خدمة اجنبي لان هذه تجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان اوخر مالي عليك فطلقها ان كان للتاخير غاية معلومة صح به التاخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على ان تبرئه عن الكفالة اي التي كفل بها لها من فلان فالطلاق بائن انتهى كلامه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا يسقط بل يتاخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال او مطالبتها اياه به **قوله** اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهو البضع حالة الخروج بخلاف حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث **قوله** لانها لم تغره بتسمية المال لان ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا وكان ومثل هذا قولها على ما في بيتي او ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء فلا يلزمها شيء لان الشيء يصدق على غير المال فان كان فيه شيء فان قولها فهو له ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها المقبوض والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** لا وجه الى ايجاب المسمى اي ما سمته المرأة وهو المال وقيمته للجهالة حتى قيل عليه يجب ان يلزمه ما يصدق عليه اسم المال واقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب ... **قوله** لانها سمت الجمع واقله

على ما يوجد من مقادير المتبرعين عليهما تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف

ثلثة فان قيل هذا في قولها دراهم ظاهر اما في الجمع فينبغي ان يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام الى الجنسية وهو يصدق بالمفرد فينبغي ان يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان امكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على ما في يدي افاد كون المسمى مظروف يدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو ما صدقات لفظتها وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا ومدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره في قوله ما في بطني محررا وان كان يخالف في كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه في وليس الذكر لان المراد بلفظ ما فيه متعين لان المنذور للبيت انما هو الذكر ولانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس في لا اشتري العبيد لامكان الاستغراق في النفي دون اشتري العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد في الاول ولا يبر الا بشراء عبد في الثاني بل بشراء

[illegible] صلاحية

وضع الذي موضعها موصولا بمدخولها حال كونه خبر المبتدا الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان يصدق الرجس الذي هو الاوثان اللهم الا ان يكون لي في لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعين الثلثة فيما اذا لم يكن في يدها شيء لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة دفع بانه صريح تقوم البضع في الخروج وهو منتف وفيه نظر لان المراد به لما لزمه المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترما فالعرف ان يراد به بدل اسقاط الملك عنه ما هو معتبر والدرهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملا او دلالة بالمعين المذكور كما انه ربما يحمل على الفرد بعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره **قوله** على انه آبق يعني ان وجدته سلمته والا فلا شيء عليها **قوله** وعليها تسليم عينه الى آخره هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يفضي الى المنازعة في القيمة فيد ابق وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه ان رضي سيده والا قيمته وهذا الطريق اولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع اولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالعجز يفضي اليها وهو لم يشرع الا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه وبخلاف ما اذا خالعته على دابة وعلى ان تزوجه امراة ومهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب المسمى بعينه ولا قيمته بخلاف ما نحن فيه لانه يمكن تسليمه او قيمته وغاية الامر ان يكون كتسمية عبد وسط واذا صحت التسمية وجب تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط مبهم حكمه فيبطل هذا

فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شئ عليها عند ابي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا

الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب اصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب اصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان مطلق الشئ يقتضي كماله لان المعيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العين فاشتراط نفيه اشتراط لنفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط لبعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه او نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق لا غير بخلاف اصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي اخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسميته ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك ان لا يجب له شئ كما قدمنا في الخلع المعين اذا ظهرت خمرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده وبذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده واخذ قيمته **قوله** فطلقها واحدة اي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شئ **قوله** فعليها ثلث الالف وبه قال الشافعي وعن مالك يقع بالف وعند محمد يقع بغير شئ والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بالف وطلب الواحدة بثلثه فاثبته بقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة ولا نخلي بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن العوض ان لا تبرع بشئ منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلب الجملة بعوض طلبا لكل جزء منه لكن يبقى فيه انه انما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسئول فيقع بغير شئ وهو وجه قول الامام احمد فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بالف فباع احدهم بثلثها يجوز باعتبار انه يحصل بعض المقصود وكذا هنا بل اولى فان مقصودها الاصلي ملكها نفسها بالقطع ملكه غير انها ذكرت احد صورتي ذلك وهو الثلث بعد علمها بحصة كل منها فاتيانها بواحدة تحصيل اصل المقصود في صورة اخرى فهو اولى بجوازه بحصتها بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الاعبد الثلاثة بالف كل واحد بثلثها فقبل في واحدة لا يجوز على قول ابي حنيفة فانه لمانع وهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الردئ في الصفقة ليروج الردئ فالقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها انت طالق ثلثا بالف فقبلت في واحدة لا يقع شئ ولا يجب شئ لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بائنا بها الف ولم يوجد منه الايجاب ما يدل على

وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا وجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق بائنا ولا رجعة

الرضا، ولو قالت ثلثا بالف فطلقها ثلثا متفرقا فى مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفى الذخيرة قال طلقى ثلثا على الف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمت بازاء الحرمة الغليظة وفى المرغينانى لو قال انت طالق اربعا بالف فقبلت طلقت ثلاثا بالف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفى الخلاصة قبيل الفصل الرابع فى الامر باليد عن ابى يوسف رح لو قالت طلقنى اربعا بالف فطلقها ثلثا ففى بالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف قوله وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط يبين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفى النهاية لا يتم تعليل ابى حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى انها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها استعارا للشرط لهما ان يقولا لم صارت تلك الاستعارة اولى من استعارتها لمعنى الباء وعلى ان حقيقتها الالزام بالالتصاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم اكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما فى المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتباره فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق ان يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على راسى وهو محل اطلاق العربية كونها للاستعلاء وفى غير ذلك هى حقيقة فى معنى اللزوم الصادق فى ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا الآية اى بشرط ذلك ونحوه انت طالق على ان تدخلى الدار وما وجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعنى هذا على الف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على ان انصرك او اعطيك او اشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا ينقسم اجزاؤه على اجزاء مقابله كما قالت ان طلقتنى ثلثا فلك الف حتى لا يكون شئ من الطلقات مقابلا لشئ بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما فى بالف ففى اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا اذ الشرط لا يتوزع اجزاؤه على اجزاء المشروط بل مجموعه جعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك فلا يحتاط فى اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون على لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما فى المشتركات لا ينفيه اذ غايته انه للزوم بالقرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة اعنى كون مدخولها جسما محسوسا او غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد اما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك ان الاشتراك واقع وليس لا دليل على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقى هو الاستعلاء والمجاز فى اللزوم ليس باولى من القلب وكون ذلك قول اهل العربية لا يرجحه لان اهل الاجتهاد هم اهل العربية وغيرها واحد فى الكل لا ينقل من الواضع ان

ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا

المعنى الحقيقي كذا بل ليس حكمهم به الا بناء على رواه متبادرا عند الاطلاق لاهل اللسان ونحن اوجدناك تبادرا للزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر هذا ولو تنزلنا الى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة اعني الاستعلاء كان في المجازي اعني اللزوم وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة الى آخر ما قلنا بعينه **قوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه **قوله** ولو قال انت طالق الى قوله ولا بد من القبول لو قال انت طالق بالف او على الف او خلعتك او باريتك او طلقتك بالف او على الف يقع على القبول في مجلسها فهو يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول فلان الباء للمعاوضة وقدمنا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا اشكال فعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعل فهو اما القبول او الاداء فيتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحيته هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول او الاداء بعد لزوم ارادة احدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا ما هو ابلغ من هذا وهو لو قال انت طالق على ان تعطيني الفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما اذا قال لو اعطيتني او جئتني بالف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلاف مع على حتى انه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مسئلة على ان تعطيني دون ان اعطيتني الا ان يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بالف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني منك ذلك او يراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون اي حتى تقبلوا للاجماع على ان بقبولها ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قولهم ان اعطيتني يشترط الاعطاء في المجلس بوقوع الطلاق وفي قوله اذا او متى اعطيتني لا حاجة الى الاعطاء في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة ملاحظ وان ذكر تصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم واما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدات قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها اذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره **فرع** قال لاجنبية انت طالق على الف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره وجعل هذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت

ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على انى بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة رح ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان

والحق قول ابي حنيفة لانه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده. **قوله** ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف او لعبده انت حر وعليك الف او قالت هي او العبد طلقني واعتقني ولك الف في ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولا شيء له قبلا او ردا وفي الثاني يقع اذا اجاب ولا شيء له وقالا لا يقع شيء ما لم يقبلا فاذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما ان هذا الكلام يقال لقصد المعاوضة حتى ان قوله للخياط خط ولك درهم وللحمال احمله ولك درهم يفيدها ويلزم المسمى المعلوم بارادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لا حاطة العلم بارادته وظهور افادة اللفظ لذلك ان تجعل الواو للحال فالحاصل انت طالق او خطه في حال وجوب الالف لي عليك او لك علي ولا يتحقق هذا الحال الا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق اذ الاحوال شروط فيقع عقيبه فيلزمه المال فان قيل انما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلت الخلع ايضا معاوضة وله ان قوله وعليك وقولها ولك الف جملة تامة والاصل في الجملة التامة ان تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود وكذا لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وضرتك طالق تعلق الضرة للحال الا بقرينة تفيد مشاركتها فيها كما في قوله ان دخلت فانت طالق وعبدي حر فان العتق متعلق ايضا بالدخول لان قوله وعبدي حر وان كان تاما الا انه في حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح خبرا له بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه ان يقول وضرتك ان كان عزمه التعليق لان خبر الاول يصلح خبرا له ولا دلالة ههنا لان الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال وضع عدم الملزوم فالكرام يابون قبول بدلها اشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فلا بد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزمه اذا خاطه اجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الايقاع عطف اخرى هي دعوى مال عليها ابتداء وفي قولها ولك الف ايجاب صلة مبتداة وعدا منها والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله اذا ادى الفا وانت حر لان اول كلامه غير مفيد حكما معتبرا الا باخره اذ لا معنى لامره باداء شيء من غير موجب والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير تعليقا للعتق باداء المال فيتوقف الوقوع عليه اما ههنا فاول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا منها لانه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره واعلم ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الانشاء وهو ممتنع على ما ذكروه في الاصول فتجب ان يكون واو الاستيناف نعم ان ادعى انها حقيقة فيما تبادر اليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان احتمال الواو للحال والاستيناف حاصل وباحدهما يلزم المال وبالاخر لا فلا يلزم بالشك على انا نمنع كون كون جملة انت طالق انشائية وكذا انت حر وقد قدمنا في باب ايقاع الطلاق الدلالة على انها خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع اليه **قوله** فقبلت اي الطلاق على حكمه من التزام

المال والخيار فالخيار باطل اذا كان للزوج فيجوز قبولها فلذلك يقع الطلاق ويلزمها المال وهو جائز اذا كان للمرأة
فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار او تمضي الايام فاذا كان كذلك وقع ولزمها المال فان ردت الخيار في الايام
بطل الطلاق ولزوم المال وهذا التفصيل كله عند ابي حنيفة ولا يخفى ان العبارة الجيدة ان يقال فان
ردت اختيارها الطلاق بان قالت لا اختيار الطلاق وعبارة قاضي خان فان ردت الطلاق وقال الخيار
في الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها وعليها المال ولهم قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد
لانه لم يخرج الا في عقد لازم كالبيع والكتابة لا للمنع من الانعقاد والتصرفان من جانبه وقبولها لا يحتملان
الفسخ من الجانبين اما في جانبه فلانه يمين واما في جانبها فلانه في جانبها يمين لانه تعليق الطلاق بقبولها المال فهي في جانبها
شرط اي شرط اليمين فهو تبع واليمين فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين لا اذا وجدت
لا يتصور رفعها فكذا شرطها ولم يكن جعل الخيار داخلا في الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين ولهذا ابطل الخيار شرط
فيه ولهذا ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع يعني معاوضة فاذا صح رجوعها عنه قبل الشرط قبل ان يتصل به ولا يتوقف
على ما وراء المجلس بل التعليق تبعا حتى لو قامت فقبل هو او قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدئ لا يصح ولو ذكرت
يصح الشرط في الكافي للحاكم ابي الفضل اذا قالت ان طلقتني ثلاثا فلك على الف فان فعل في المجلس فله الالف وان
فعل بعده فلا شيء له ومعنى من جانبه يملك التعليق حتى لا يصح رجوعه بعد قوله ان شئت او هي طالق على كذا او وكل او يتوقف على ما وراء
المجلس فلا يبطل الا ان يقتضي مجلس خطابها او مجلس بلوغ الخبر قبل ان يقبل ويصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد
فقد خالعتك على الف او فلانة طالقة على الف فاذا جاء غد فقبلت في ذلك المجلس عليها وقع ولزمها المال وهذا لا يصح قبول التعليق
قبل العقد لان الفصل الايجاب معلق بالشرط او في حقيقة نعم هذا لا يصح القبول قبل الايجاب فلا خيار في الايجاب وهو مبطل خياره
فيصح في البيع فيصح الخيار لو كان شرطه الا يبطل حقيقة في عقد الايجاب ولهذا لو قال ان قالت فما قبله في حين يكون فضل البيع
شرطه فيه حتى يتحقق بوجوده وهو لم يبطل به كونه معاوضة ثم ولد نقد حكمها الى فوجوب التسليم والمراد بالعيب فيه الخيار بخلاف
ما لو قال ان قبلت فانت طالق على الف بالخيار للفسخ لا الخيار في الطلاق بالمال وحقيقة قوله ثبوت الخيار في البيع
بالنص على خلاف القياس ولهذا قال علي لا يخير منها الحواب اذا اشبها وشرطا بدلالة النص فان تجوز شرطه في البيع لدفع الغبن
في الاقوال ولا غبن في الفرق لان الخير لا يحتمل المرد فيه ما كثر فلا مساعد لقاصر فهذا الا من لا في وجه لا يحصل مثل ما
قد تحقق هذا المعنى بعض عليه فكل نوع تثبت علو الغبن يحصل في البيع فكان بدلالة النص قوله فجاء التعبد في العتاق
لما تحققت على ان بسببها بحده من لزم قدر ما يصح فيه بشرط الخيار انما قال انت حرة على الف على انك بالخيار ثلاثة ايام فصح
معنى هذا الحكم قوله ولو قالت اختلعت فصحت فطلقت على الف ولكنها عليه فصح المنع ذكره في
ولاية ان يحصل لي بها من الاول شيء لها طلاق وبه يعتد فان قبولها قبل الشرط وفي الوجهين

فالقول قول الزوج ... [illegible] ...
ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط ... [illegible]

اذا قال لو اقدم فلان فقد طلقتك على الف واذا جاء غد الى آخره كان القبول اليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان

قوله فالقول قول الزوج اى مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك امس على الف اقرار به
يمين الطلاق لانه تعليق الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه الموجود بعد هذا سنده ومنشأ الاختلاف فى وجود الشرط
وهى تعليقه تثبيت الطلاق وهو منكر وهو غير مناقض اذ لم يتقض رجوعه عن شىء مما اقر به فالقول للمنكر بخلاف قوله
بعتك فانه اقرار بقبول المشترى اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما اقر به فلا يقبل حتى لو قال
لعبده بعتك طلاقك امس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول له وقوله بعده اعتقتك امس على الف فلم تقبل
وبعتك امس نفسك بالف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة اخوات فى كتب محمد رح قال لها
قد طلقتك واحدة بالف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بالف فطلقتنى واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع يمينها
فان اقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع او قالت اختلعت
بغير شىء فالقول قولها والبينة بينة الزوج اما اذا اتفقا انها سألته ان يطلقها ثلثا بالف فقالت طلقتنى
واحدة وقال هو ثلثا فالقول قوله ان كانا فى ذلك المجلس الا يرى انه لو قال لها انت طالق انت طالق انت طالق فى
المجلس سواء لها بالثلاث بالف كان له الالف فغايته هذا ان يكون موقعا الباقى فى المجلس فيكون مثله فان كان
بغير ذلك المجلس لزمها الثلث اذا كان فى العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت
سألتك ان تطلقنى على الف فطلقتنى واحدة فلا شىء لك يعنى على قول ابى حنيفة رح وقال هو بل سألتنى واحدة على الف فطلقتك
فالقول قولها على قول ابى حنيفة رح وان قالت سألتك ثلثا فطلقتنى فى ذلك المجلس واحدة والباقى فى غيره وقال
بل الثلث فيه فالقول لها وان قالت سألتك ان تطلقنى انا وضرتى على الف فطلقتنى وحدى وقال طلقتها معك وقد افترقا
من المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقنى ولا هى
فى ذلك المجلس وفى مسئلة خلع اثنتين بسؤال واحد تفصيل وهو انه اذا خالع امرأتيه على الف كانت منقسمة
على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على الف او بالف فطلق احداهما
لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى فى ذلك المجلس
ايضا لزمها ايضا حصتها لان الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعدما افترقا فلا شىء له فانه ادعت المرأة
الخلع وانكره الزوج فاقامت بينة فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة او اختلفا فى جنس المال فالشهادة
باطلة وان كان الزوج هو المدعى للخلع والمرأة منكرة فشهد احد شاهديه بالف والآخر بالف وخمسمائة يلزمه وهو يدعى
الفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الف وان ادعى الخالع لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره [illegible] شهادتهما

قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة ...

لو اختلف في جنس البدل فايضا القول من مختصر الحاكم انتهى الفضل كلام محمد ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول عنده لنا وعن الشافعي يتحالفان **قوله** والمبارأة كالخلع بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ في المغرب وهو ان يقول بارأتك على الف فتقبل **قوله** يسقطان كل حق الى آخره مقيد بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منها وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئا في الخلع اولا اذ لا وليس كذلك وجملته انهما ان لا يسميا شيئا بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكر شيئا او سميا المهر او بعضه او مالا آخر فان لم يسميا شيئا ففيه ثلث روايات احدها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه ان لم يكن مقبوضا والاخرى يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواء والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به احدهما الآخر وهو الصحيح على قول ابي حنيفة سواء كان قبل الدخول او بعده مقبوضا كان او لا حتى لا ترجع عليه بشيء ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به ان كان مقبوضا كالخلع قبل الدخول وهذا لان المال مذكور عرفا بالخلع بحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة ان المراد الانخلاع منه وان سميا المهر فان كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا ففي القياس يرجع عليها به او بقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان الفا رجع بالف وخمسمائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ويرد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضي خان قيل وينبغي ان لا يجب الا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر لا يجب عليها شيء منه وسياتي وكذا اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليه المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي ان يجب كل المسمى بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير انه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وان لم يكن مقبوضا ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء لان المهر ما تستحقه وهي خمسمائة فلم يلزم ذلك ويجب له شيء عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر بان خالعها على عشرة مثلا والمهر الف فان كان بعد الدخول كله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط ويسلم الباقي لها وان كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين لانه

[illegible] المبارأة [illegible] [illegible]

[illegible] النكاح لم لا دلالة العرف [illegible] فتقتضيه الانخلاع وقد حصل في نقص [illegible]

ولا ضرورة الى القطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو

مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع البتة وهي [illegible] بمعنى المفاعلة

عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغي ان يرجع بأنه وان لم يكن مقبوضا
سقط كله ايضا فلو سميا عشرة بدل الخلع فالنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا لا اخذ غير المهر
فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى ويسقط عنه المهر بحكم الخلع
وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ويسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه وان لم يكن مقبوضا فله
المسمى بالشرط ويسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا [illegible] الخلاف فيه [illegible] قول محمد [illegible] ان هذه معاوضة
باشتراطهما [illegible] ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره [illegible] انما يعتبر لفظ الطلاق على مال ولهذا لا يسقط
دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع ان النفقة اضعف من المهر ولابي يوسف ان المبارأة
من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين لانه مطلق في كل وجه الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض [illegible]
المبارأة من متعلقاته اما الخلع فانما يقتضي فصلا وانخلاعا وحقيقته تتحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابي حنيفة ان الخلع
[illegible] شرعا القطع للمنازعة الكائنة بسبب [illegible] بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح [illegible] تحقق [illegible]
[illegible] بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر الا ما [illegible] بالنص لان لفظ [illegible] المبارأة يفيد
الاطلاق [illegible] في المبارأة كما قال ابو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر [illegible]
لا يخلع احدهما عن الآخر على وجه الكمال بان يخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك [illegible] على هذا الوجه يسقط مطالبة
كل منهما الآخر بموجبات النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط [illegible]
[illegible] رواية الحسن عن ابي حنيفة ان الطلاق على مال [illegible] يسقط [illegible] يسقط بالخلع وبخلاف دين آخر [illegible]
[illegible] الخلع [illegible] بسبب وصلة النكاح [illegible] بخلاف نفقة العدة فانها ليس من موجبات النكاح [illegible]
فيتعلق وجوبها بعده [illegible] لو شرطا سقوطها في الخلع سقطت باعتبار التسمية [illegible] الخلع والباقي [illegible]
[illegible] لم يسقطاها حتى اختلعت ثم [illegible] لا يسقط [illegible] لم يجب [illegible] انما تجب شيئا فشيئا بخلاف [illegible] الاسقاط
النفقة واما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق [illegible] لا يصح اسقاطها بحال الا ان ابرأته عن مؤنة
السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها او تعطي الاجرة من مالها فيصح [illegible] في القنية الابراء [illegible]
[illegible] النفقة فيصح وان لم تكن واجبة [illegible] وما ذكره في القنية [illegible] الابراء بعد الخلع
فانه لا يصح لكن في [illegible] نفقة العدة بعد الخلع [illegible] انتهى بخلاف الابراء [illegible] حال
قيام النكاح لان الابراء عن النفقة المستقبلة لا يصح [illegible] بان يقول الوجه الاول [illegible] سقوط المهر بالطلاق على مال
والثاني يوجب كون لفظ الطلاق [illegible] لانه يفيد الطلاق [illegible] الزوج [illegible]
حقيقة الطلاق كل منهما عن الآخر [illegible] تنقطع مطالبة كل بالآخر بموجبات النكاح كما قلنا في الخلع بعينه [illegible]

لم يجب عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع فى حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم

لمن جهة الدليل ترجح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن ابى حنيفة فى الطلاق على مال انه ايضا يسقط المهر كالخلع
والا فالمال ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اى قال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ فى انه
على قول ابى حنيفة كالخلع والمباراة اولا وصحح فى الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمباراة وترجيح قول محمد بانه عقد
معاوضة فلا يتعدى الى ما تراضيا عليه واللفظ وان كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضاه فكيف يسقط غيره وهو عدول
عن التحقيق فانه اذا انبأ عن الانفصال فى متعلقات النكاح واقتضى لذلك ان يسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضى
على اثباته بمال فقد وقع التراضى على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة
تنبيه لا يسقط المهر بخلع الاجنبى بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبى فى اسقاط حقها كذا ذكره شمس الائمة وكذا الامة اذا اختلعت
من زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع فى بدل الخلع وفيما اذا كان
بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وام الولد والمدبرة فى الاذن يؤديان من كسبهما **فرع** اذا شرطا بدلا للخلع البراءة
من نفقة الولد وهى مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفى المنتقى ان كان الولد رضيعا
صح وان لم تبين المدة وترضع حولين انتهى بخلاف الفطيم وفى الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها
وعلى ان تمسك ولدها منه ثلث سنين او عشرا بنفقتها صح الخلع ويجب ذلك وان كانت النفقة مجهولا يعنى قدر النفقة وهذا
لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة محتملة فى الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها وليس لها
ان تطالبه بكسوة الصبى الا ان اختلعت على كسوته ونفقته فليس لها وان كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا
او فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها على امساك الفطيم بنفقته
او كسوته لا يجوز وفى المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى امرأة اختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر وبرضاع ولده فالذى
هى حامل به او ولدته الى سنتين جاز فان ماتت او لم يكن فى بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا
ان ماتت هى عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقى السنين الا ان قالت
عند الخلع ان مات او مت فلا شئ على فهو على ما شرطت قاله ابو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح فى
الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج ان يأخذ الولد منها [illegible] تركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك
الولد فى تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شئ يصح ولو خالعته على النفقة [illegible] عشرا وهى
معسرة فطالبته بنفقته تجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتبار للبعض بالاقرار ببعضهم من سقوط النفقة لو خالعها بما لها عليه
من المهر ثم تذكر ان لم يبق عليه شئ من المهر فتقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خالعها على عبدها الذى لها عنده او متاعها
وتظهر انه ليس فى يده شئ وقع على مهرها فان لم يكن قبضته سقط وان قبضته ردته اليه او مثله وقيمته ولو خلعها بمهرها وهو يعلم

انه ليس عليه شئ من المهر فى الخلع بائنا وفى الطلاق رجعيا ولو كان طلقها [illegible] وان لم يعلم ان لا مهر لها وقع رجعيا قوله لم يجب عليها

يجوز فالتحق بالعدم لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح ففي الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كان الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بان الاصح وقوعه تعين ان المراد الثاني وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه في معنى التبرع بمالها قوله بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه اعطى المتقوم من ماله بمتقوم قوله ولهذا يعتبر خلع المريضة متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقد مر في اول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث قوله ونكاح المريضة الخ متصل بانه متقوم حال الدخول قوله والاول اصح نص عليه في المنتقى ووجهه ما ذكر من انه تعليق بقبول الاب وقد وجد الشرط وما ذكر من وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كانه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل احد هذا ان قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ ولو قبل ابوها او اجنبي روى هشام عن محمد انه يقع وروى ابن سماعة عن محمد لا يقع ولو بلغت فاجازت جاز قوله على انه اي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها فالخلع واقع سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه او الالف مثلا فيجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب وهو يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والابضاع اولى بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمراة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب مثلها في انه لم يحصل له شيء بخلاف الابنة فانه حصل ما ذكرنا له والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا ان البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تاخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب بالضمان ان ضمن وان لم يضمن يرجع على الزوج بالكل المهر فيأخذه من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب بالضمان بجميعه قوله وان شرط اي لو شرط الزوج الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تكون مميزة صالحة ان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة والبينونة بالخلع يعتمد القبول دون لزوم المال الا يرى ان الخلع على ... صحيح

وان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقفت على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها ففيه روايتان وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا

نحوه وان قبله الاب بدونه عنها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يقع لانه نفع محض اذ تخلص من عهدته بلا مال وله ان يصح منها فصار كقبول الهبة وفي الاخرى لا يقع لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح قوله وكذا ان خالعها اي خالع الصغيرة على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا انفا فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ووقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من وجه صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تاويل المسئلة ان يخالعها على مال مثل مهرها اما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية الابطال بل كلها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان يخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها الفا والخلع قبل الدخول وهي المراد بمسئلة الكتاب لزمه خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف واصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو الف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب عليها الف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقي عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شيء لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه تجب خمسمائة له بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضي خان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب ان يقول اذا خلعها على مهرها وهي الف لا كما قال على الف ومهرها الف فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير انه اتفق انه مثل المهر ولا اثر لذلك والحكم فيه ان كان قبل الدخول وجوب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم واذ قد وقع الكلام في خلع الاجنبي فلا بد من ذكر نبذة منه واعلم ان الاجنبي اذا خاطب الزوج فاما ان يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه او ملكه او لا فان اضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدي هذا او على هذا الالف او على الف على اني ضامن فقبل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزمه قيمته ولا يتوقف على قبولها لانها انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفي ذلك الامر منه لان الواحد يتولى الطرفين في الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت نفسك مني فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح لان ارادة التحقيق دخول بالخلع ولا قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وسيد الامة المنكوحة لعبد او حر فانه اذا خلعها من الخلع على عبد له يرجع بالمثل وقيمته بل تجب قيمة العبد على الامة تباع فيه لظهور الدين في حق السيد فالجواب ان الدين لازم عند ضمانها ولا يجب على الاب عليها لكونه لازما فكان الدين عليها الا ان السيد التزم تسليمه فلا يحمل على الالتزام في حق السيد فيباع فيه الا انه يغتفر اذا اعتقت كان عليها دين وللاجنبي بخلاف ما اذا خلعها على ان يحمل عبد فحكمه في جميع ذلك ... وقع

وفي القياس يلزمها الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت

الطلاق وان ارسله بان قال على الف او على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى احد
فان قبلت لزمها تسليمه او قيمته ان عجزت وان اضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل
اضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتي على عبدك لان العبد اضيف اليه ولو كان الزوج قال لها
خالعتك على عبد فلان او قالت هي اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة
في العقد ولو قالت اخلعني على الف على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع معها لانها العاقدة ويتوقف ضمان فلان على قبوله
ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد في الخلع ترجع الى من عقد له لا الى
الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه واذا ادى رجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة امرها به الرجوع عليها
بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فادى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك
النكاح بغير امره والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا **فروع** تتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق
عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وابي الدرداء وسعيد
بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وعند مالك والشافعي
واحمد لا يلحقها ولا يلحقها الطلاق في قوله نسائي طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي
مثل اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لهم ما روي انه عليه الصلوة والسلام قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت
في العدة ويروى عن ابن عباس ولنا ما رواه ابو يوسف رح باسناده في الامالي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وحديثهم لا اصل له ذكره سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف امرأة
قالت خلعت نفسي منك بالف ثلث مرات فقال الزوج رضيت او اجزت كان ثلثا بثلاثة آلاف خلع امته على رقبتها
وزوجها عبد او مدبر او مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها فيبطل النكاح
فيبطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه بطل البدل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر امتان
دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقبتها
وهي الصغرى لانه امكن تصحيح الخلع في الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها الا في الصغرى
لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتنفسخ الصغرى على مهرها لانه خلعت بلا عوض طلاقا
فصار احاب مهر الكبيرة مهر الزوج فطلاقهما بالصغرى بقي الموقوف ... كل منهما على رقبة الاخرى
طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فيخرج الخلع في حق الطلاق ... للزوجات ...
البدل امرأته لها رضيعة ... ثم خلعت بمهرها في مرض ...

قبل ان يدخل بها على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان

لما انها ملكت نفسها في العدة كالمرض بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين
وجه ثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية
هذا اذا في بينهما تصفين **قاعدة في الطلاق** في مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا
بهما اذ ليس احدهما بصرف البدل اليه اولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال
حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على ان المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال
على المرأة حصول البينونة لانها انما تلزمه لتملك نفسها فلو قال لها انت طالق الساعة واحدة وغدا اخرى بالف
او قال على انك طالق غدا اخرى بالف او قال اليوم واحدة وغدا اخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة
بخمسمائة في الحال وغدا اخرى بغير شيء الا ان يتزوجها قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد
وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما الا يرى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة
بخمسمائة فاذا جاء غد يقع اخرى لوجود الوقت المضاف اليه لا يجب شيء لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني
حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع اخرى بخمسمائة لوجود شرط
وجوب المال ولو قال انت طالق الساعة واحدة رجعية او بائنة او بغير شيء على انك طالق غدا اخرى بالف تقع
في الحال واحدة مجانا وغدا اخرى بالالف لتعذر الصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا ان في
قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال انت طالق ثلاثا للسنة بالف فقبلت يقع في الطهر الاول
واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني اخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها
قبل الطهر الثاني ففيه تقع اخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه وتعالى اعلم **فرع**
لو قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه يبرأ كل عن صاحبه قال خواهرزاده هذا احدى الروايتين عن ابي حنيفة
وهو الصحيح فانه لم يكن على الزوج مهر عليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية
عن ابي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ احدهما عن صاحبه ولا ابراء عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا
الا اذا اشترطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي اعني رد المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي
ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهرزاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كانه قال طلقي نفسك طلاقا
بائنا فقالت طلقت ثم استشكل في الحكم [illegible] من رد ما ساق اليها من الصداق اذا كان مقبوضا او لم يجعل كانه
قال خالعتك بلا مال لكن هذا مذكور في غير موضع وذكره في التجنيس لو قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه
وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بان اختلعي امر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق
[illegible] الذي [illegible] البدل مقدار [illegible] قدره بان قال [illegible]

ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح واما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا ان ينوي خلافه يدل على هذا ما في المنتقى قال ابو يوسف اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا الا على مال الا ان ينوي بغير المال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية وما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اخلعي نفسك بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفي المال نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من ان حقيقته ما فيه المال لو قال لاجنبي اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعي على ما لك بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على الف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك او نحوه ففرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بالف والباقي بحاله حيث يتم والفرق ان التفويض في المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد متولي الطرفين مستنقصا وهذا مفقود في الثانية فلو لم يصح لمنافاة الحقوق وحقوق العقد لا ترجع الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه او لقنها ابرأتك من نفقة العدة قيل يصح وقيل لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه استعاضة يحتمل الفسخ فصار شبيه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما تقع قال ابرئيني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت ابرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض اذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لانها لم يكن لها حق حال الخلع فقد ظهر ان تسميته كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذاك وبعض المشايخ لا يصح هذه للجهالة وهذا عندنا عموم لا اجمال ولو تزوجها على الف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على الف ثم اختلعت منه على مهرها لا يبرأ الزوج الا عن الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكيل امرأته في خلعها فخلعها على الف فانكرت التوكيل فان كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقها الزوج على انها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر ان الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بالف قال الصفار يقع الطلاق ضمن لفظ المهر او لا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال ابو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو جاء رجل بالرسالة من امرأة الرجل اليه في ان يطلقها او يمسكها فقال الزوج لا امسكها بل طلقها فقال الرسول ابرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فانكرت المرأة امره بالابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها او وكالتها اياه كذلك وقع وهي على حقها وان لم يدع ذلك [illegible]

باب الظهار

فقال اجازت ما حكمت من حقها عليك على ان طلقتها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالشرط موقوف على اجازتها وان لم يقل على ان طلقتها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في امر الحكمين لما كان بسبب النشوز والمشاقة وجب ذكر امر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما فضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين ايضا وقيل كلاهما للزوجين والاولى ان يكون الحكمان من اهليهما كما ذكره الله سبحانه وتعالى وانما كان ولي لانهما اخبر بباطن امرهما واشفق عليهما وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من اهليهما الا ان لا يوجد من اهليهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه مانع عن تعيين كونه لازما لذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وابي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الاوزاعي واسحاق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرا من مالها فكيف يفعل ذلك نائبه وفي احكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها فايهما كان اظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالسفيه مع المحجوب والحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها يفعل الحكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان يفرقا بغير امرهما وما زعم اسمعيل المالكي من ان ابا حنيفة واصحابه لم يعرفوا امر الحكمين اخبار بالنفي بعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان امر الزوجين فاذا قصد الحق وفقهما الله للصواب وهو كلام للجمع والتفريق فيهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكلما روي عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم يقولوا على انه جائز بغير رضى الزوجين وهذا لانه في حالهما ان يطلقا امراة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا مال الغير بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه والاخذ للغير ومثله في اخذ المال قال تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال عمر لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب من نفسه الحكمان يجتهدان في الصلح وليس اظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه فاذا لم يقبل علما الحاكم ليرفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ويصلحان في حال اذا فوض اليهما

وقول من قال يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روي عن علي رضه شاهدا في ذلك

باب الظهار ومناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه اكمل في باب التحريم اذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه ثم الظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح ان يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرت فلانا اذا قابلت ظهرك بظهره حقيقة وكذا اذا غايظته ايضا وان لم تدابره حقيقة باعتبار ان المغايظة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوي ظهره اذا نصره وظاهر بين ثوبين اذا لبس احدهما فوق الاخر على ان الظهار قال ابن الاثير اي جعل ظهر ثوب على ظهر ثوب اذ البس احدهما فوق الاخر على اعتبار جعل ما يلي به منهما الاخر ظهر الثوب ويكون المشتق منه وفاته لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب كما انا ذكرنا مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا ويطلق على كذا اخر وهو انه تشبيه المحللة بالمحرمة في التحريم لانه كل ما يقول انت علي كظهر امي فقيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر بمعنى كبطن بحذف الكاف على وجه الكناية وقيل خص الظهر لان اتيان المراة من ظهرها

وإذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم إلى أن قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا [illegible]

[illegible]

فهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر

ما عاد رواه ابو داؤد وقيل هو مكيل يسع ثلاثين صاعا قال ابو داؤد وهذا اصح وفي الحديث الفاظ آخر ورواه ابن ماجة وغيره **قوله** اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه وعن محمد للمظاهر ان يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا اذا قال انت مني كظهر امي او انت عندي او معي وكذا اذا قال انا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى الحق ولفظ المشيئة لا يثبت ولو قال انت علي كظهر امي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال ان شاء فلان فالمشيئة اليه **قوله** وهذا اي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة لانه اي الظهار جناية كبيرة محضة لكونه منكرا من القول وزورا بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة **قوله** ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه تقييد هذه العبارة ان هذا هو الاصل او طريق المحرم محرم على هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض فكان صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يامرني بان اتزر فيباشرني وانا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الامور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهري والاوزاعي والنخعي وقول الشافعي ورواية عن احمد لان حرمة الوطء نصا بقوله تعالى من قبل ان يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره او تحليلها كما قال الشافعي واحمد في قولها الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج: لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض الكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعن كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعي وعن كثرة وقوع الضدين الظاهر في كثرة وجود الجماع ينتفي لزوم شرع الزاجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لا تكثر بالنسبة الى كل شخص شخص فاستمر على الاصل وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وذكرنا حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني اقوى لسبب ان النهي تناوله مقصودا فيتعدى الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهي اصلا بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتاديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه فافترق الحال بين الاستبراء والاحرام والاعتكاف وبين الحيض والصوم لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهي قال تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ولا رفث ولا فسوق نفي مستعار للنهي لتاكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى في الآخرين فاعتزلوا النساء في المحيض ثم اتموا الصيام ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان المذكور في الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المامور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى انهم لم يمثلوا للنهي عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا نهيا عنه وهو صحيح لان النهي لنفس طلب الترك عدل الى ما ذكره والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكر اما وجه كونها منصوصا على منعها فلان قوله تعالى من قبل ان يتماسا لا موجب فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة وهي [illegible] الجماع لانه من افراد التماس فكل من القبلة واللمس والجماع افراد التماس فيحرم الكل بالنص

لقوله عليه السلام للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت على كبطن امى او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق فى عضو لا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن فى التحريم المؤبد كالام وكذلك اذا قال راسك

فيظهر فساد قول المخالف والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** لقوله عليه السلام روى اصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل ان يكفر فقال عليه السلام ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها فى ضوء القمر وفى لفظ بياض ساقها قال فاعتزلها حتى تكفر وفى لفظ ابن ماجة فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره ان لا يقربها حتى يكفر قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا عبد الحق فى مختصره بانه صحح الترمذى رجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذى عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب واما ذكر الاستغفار فى الحديث فالله اعلم به وانما هو من الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك احسن ما سمعت

قوله لو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه لانه مقام البيان وتاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصرى والنخعى **قوله** وهذا اللفظ اى قوله انت على كظهر امى لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق او الايلاء او قال لم انو شيئا لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره وهذا يعم ما قلنا وما فى الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال اردت به الخبر عن الماضى كذبا لا يصدق فى القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفى صحة ارادته به احتياج الى الجواب وهو كلفظة انت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح ان يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى التحفة **قوله** ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام فيهما للعهد اى المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التابيد لانهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما **قوله** وهذا المعنى يعنى تشبيه المحلل بالمحرمة يتحقق فى التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه على التابيد لما كان الظهار كلا تشبيها مشتملا على المشبه والمشبه بها وجب اعطاء رضابطهما ففى المشبهات تذكر بما او جزء شائع منها او جزء معين يعبر به عن جملتها كالراس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل فى الطلاق والنصف والثلث فى الاول وفى المشبه بها ان تذكرهى او عضو منها لا يحل النظر اليه على التابيد الا ان مع ذلك ينوى كما سياتى اذا عرفت هذا فعبارته اعنى قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها الى قوله مثل اخته وعمته وامه من الرضاع ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال انت على او راسك او وجهك او رقبتك او فرجك او نصفك او سدسك كظهر امى او خالتى او ام زوجتى او كفرجها او بطنها او فخذها او اليتها كان مظاهرا ولو قال يدك او رجلك او شعرك او ظفرك او سنك او بطنك او فخذك او جنبك او ظهرك كظهر امى او فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن ظهارا لان هذه الاشياء مما يجوز النظر اليها ومسها بغير شهوة ولو قال انت على او راسك الى آخرها قلنا كيد امى او جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها وكذا لو قال يدك او رجلك الخ على كيدها او كرجلها الخ لا يكون ظهارا لانتفاع من الجهتين واذا احكمت ملاحظة الاصليين خرجت فروع كثيرة من تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج امى وفرجك كفخذ امى يكون ظهارا وبطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار فى المشبه بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما احال عليه فى الطلاق لانها هى المحرمة كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك وفى المشبه بها يكون النظر مما لا يحل النظر اليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه فى اول هذا البحث **قوله** لانهن اى اخته وعمته وامه

على كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

من الرضاع في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله انت على كظهر عمتك او اختك لان حرمتهن ليست على التابيد بل هو مقيد بانقطاع عصمته لها ثم المراد تابد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التابيد ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التابيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرها لا يقال يرد على اشتراط تابد الحرمة ما لو ظاهر من امراته ثم قال لاخرى انت على مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها او بعد التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التابيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها انت على كظهر امي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظاهر الظهار فيها باعتبار خصوص وجه شبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امراة رجل اخر ظاهر زوجها منها فقال انت على مثل فلانة ومثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبه بامراة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل في حالة اخرى مثل اخت امراته ومثل امراة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام وهي محرمة على التابيد وقد علمت ان هذه كنايات فلا تكون ظهارا ولا ايلاء الا بالنية وبعد اشتراط تابيد الحرمة بل يشترط الاجماع عليها شرطه في النهاية ليخرج ام المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بها لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند ابي يوسف لا يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف فمنهم من قال عند ابي حنيفة وابي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها او لا بل لكونها يسوغ فيها الاجتهاد او لا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع او النص الغير المحتمل للتاويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف في الكون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امراة او لمسها بشهوة ثم شبه امرته بنتها لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر اختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التابيد كانهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها لقيام حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فوله مطلع عليك محل اتفاق فانه عمل من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت اختيته بنت الفحل من غير التي ارضعت بالالتزام ومثله ما رايت لو شبهها بامراة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان ابا يوسف يرى تابد حرمتها لتسويغ الاجتهاد اما ان اراد من ارضعها نفس الفحل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد من عادتهم في اطلاقه فلا محالة الاختية هنا كه اصلا ومما يشكل ما ذكره في الدراية ايضا نقلا عن شرح القدوري زنى ابوه بامراة او ابنه فشبهها بامها او ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف لانه لا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له وعند محمد لا يصير مظاهرا لانه ينفذ حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية الامر نسبة الاب الابن ان يكون كامه زوجة الاب والابن ولا تحرم ام زوجة الاب على الابن ولا ام زوجة الابن على الاب فليس التشبيه بها محرمة ولو شبه بظهر ابيه او قريبه او بظهر اجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج ابيه او قريبه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا اذ فرجها في الحرمة كفرج امه وفي كافي الحاكم امراة قالت لزوجها انت على كظهر امي وانا عليك كظهر امك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف عليها الكفارة من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي انت على كظهر امي

ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بها في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء وعلى قول محمد رح ظهار

يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف ابي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول ثم قال هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امراته ثم اشرك معها اخرى كان مظاهرا منهما

قوله ولو قال انت علي مثل امي هنا الفاظ انت امي مثل امي كامي حرام كامي كظهر امي ففي انت امي لا يكون مظاهرا وينبغي ان يكون مكروها فقد صرحوا بان قوله لزوجته يا اخية مكروه وفيه حديث رواه ابو داود عن ابي تميمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامراته يا اخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل ان معنى النهي هو انه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن ان يقال هو ظهار لان التشبيه في انت امي اقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ اخية في يا اخية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور افاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لا بد في كونه ظهارا من التصريح باداة التشبيه شرعا ومثله ان يقول لها يا ابنتي او يا اختي ونحوه وفي مثل امي او كامي ينوي فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله انت علي حرام وان نوى الكرامة والظهار فكما نوى لانها من الكنايات واعمالها كناية في الظهار فعلم انه صريح يكون التشبيه بعضو وان لم يكن له نية فليس بشيء عندهما وهو ظهار عند محمد ووجه قوله ان المعنى الذي صير اللفظ الظهار صريحا موجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شيء يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي تصحيحا للارادة وحمل على بمعنى عند في الكرامة وذلك لان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ انت عندي مثل امي او كامي فحين لم يصرفه عن مقتضاه بنية عمل بموجبه في نفسه ولهما ان معنى كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بل اذا كان التشبيه به ابتداء فيثبت اذا كان التشبيه بالكل فقط مجملا في حق جهة التشبيه فالم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها ولا لفظ صريح فيها وما امكن صون تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وان نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما فلذا غيره فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه اي اداته فان الكلام في مثل امي وكامي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقة وقد نوى ما لا ينافيه فان الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوي في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام وعند ابي يوسف ايلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى المنوي وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء ولان الايلاء ادنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وهو اخف اما السبب فلانه وهو الظهار كبيرة محرمة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار امر آخر يقترن به واما الحكم فالكفارة فيه اخف من حيث قدر بالاطعام والصيام فيه بستين مسكينا ويوما والامور الاخر هي ان حرمتها في الايلاء لا تثبت في الحال فانه وان حلف ان لا يقربها فالشرع طلب منه ان يحنث ويطاها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت اليه بعد زوج عادت بلا ايلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء موبدا وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى الى الدواعي ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر اولا ولو طلقها ثلاثا والباقي بحاله يعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو ملكها بان كانت امة فاشتراها او انفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح انه ظهار عند الكل لانه تحريم موكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما ينطبق على قوله انت علي حرام كامي وليس الكلام فيه بل في مجرد انت كامي وفي انت علي حرام كامي فانما له محتملان الطلاق والظهار لا الايلاء لتصريحه بالحرمة فايهما اراد ثبت

وان لم تكن له نية [illegible] ايلاء وعلى قول محمد [illegible] المذكور [illegible] الا ان [illegible] في كونه ظهار

وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي ونوى به طلاقا أو إيلاء لم يكن إلا ظهارا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى لأن التحريم يحتمل كل ذلك غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولأبي حنيفة أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم إليه **قال** ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف إليهن الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لأن الحرمة تثبت في كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه **قوله** والوجهان بيناهما يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكره في قوله أنت علي حرام كظهر أمي خلاف عنده لا يكون إلا ظهارا سواء نوى طلاقا أو إيلاء أو لم ينو شيئا وعندهما هو على ما نوى ظهارا أو طلاقا أو إيلاء وإن لم يكن له نية فظهار لأن التحريم يحتمل كل ذلك فإذا نوى الطلاق أو الإيلاء يكون قوله بعده كظهر أمي تأكيدا له لا يتغير غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا معه لأنه عنده لما وقع بأنت حرام لا يمكن إثبات الظهار بعده بكظهر أمي وعند أبي يوسف يكونان جميعا لا بلفظ واحد أو الإيلاء وباللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لأنه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما إذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت أخرى يقع عليها وعلى الأخرى باعترافه وفي المعروف بصريح اللفظ في القضاء فإنه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لأنه خلاف الظاهر وهذا يقتضي أن وقوع الطلاق والظهار فيما إذا قال عنيت الطلاق عنده إنما هو في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الإيلاء ينبغي أن يكون إيلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافي **قوله** وقد عرف في موضعه يعني المبسوط ولأبي حنيفة أنه أي لفظ كظهر أمي صريح في الظهار محكم ولفظ حرام محتمل فيفسره المحكم إذا اقترن به **قوله** حتى لو ظاهر من أمته موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الأمة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا أن من نسائهم يتناول تمسكا بقوله تعالى من نسائهم والأمة وإن صح إطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الإطلاق لا يستلزم الحقيقة لأن حقيقة إضافة النساء إلى الرجل أو رجال إنما يتحقق مع الزوجات لأنه المتبادر حتى صح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه وحرمت الأمة الموطوءة ليس إلا مراد في النص بل لا يثبت موطوءة وطؤها حلالا إلا عند الجمهور وبهذا التقييد عندنا على أنه لو أريد بالنساء هنا ما تصح به الإضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات والمجازي وهي الإماء بعموم المجاز لا يمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الإماء لثبوته في الأزواج إما مناطه اتفاق ولا الإلحاق عندنا أيضا ليثبت بطريق الدلالة لأن الأمة ليس في معنى الزوجات لأن الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد والأصل الملك حتى تثبت مع عدم الحل في الأمة المجوسية والمرضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ولأن القياس أي لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذلك سوى التوبة وبثبوت التحريم فيه في حق من لحق في الاستمتاع ولا حق للأمة فيه فيبقى ما على أصل القياس ولأن الظهار كان طلاقا فنقل عنه إلى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الأمة وليس هذا موجبا لشيء التماثل **قوله** لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فالتشبيه إنما انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا فعقد فلا يترتب عليه أي يقال فليتوقف على الإجازة كما يتوقف النكاح على الإجازة فإن أجازت ظهر أنه كان التشبيه المنشيء أجاب عنه بقوله والظهار ليس من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لأن عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف فلا يثبت الظهار بعد الإجازة بخلاف إعتاق المشتري العبد من غاصب العبد لأن الإعتاق حق من حقوق الملك يعني يثبت بالملك حتى إن من لا يملك إذا أعتق يتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه فلا يثبت بالملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه وإن كان لو قال لها أنت كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا بخلاف الإيلاء لأنه أضاف الظهار إليهن كما إذا أضاف الطلاق إليهن فطلقن جميعا وأخذ الإيلاء في تعددها بالكفارة عندنا وعند الشافعي في الجديد وعند أحمد ومالك عليه كفارة واحدة وبه قال الحسن والزهري والشعبي وغيرهم وقال مالك وأحمد كفارة واحدة

فصل في الكفارة **قال** وكفارة الظهار عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب **قال** وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الإطعام لأن الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا **قال** وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك

وروي ذلك عن عمرو وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الإيلاء قلنا الكفارة لرفع الحرمة وهي متعددة بتعدد الظهار وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس واحد أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدده إلا أن ينوي بما بعد الأول تأكيدا فيصدق قضاء فيها إلا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لأن حكم الظهار تحريم بينه وبين الله تعالى عاجلا ثبت بالظهار الأول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار بينه وبين الله تعالى وما هو إلا تحصيل الحاصل حيث بالأول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك حل المحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم بعينه ولصومه ويمينه وبهذا اندفع سؤال تحصيل الحاصل إلا أن يلتزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في أمثاله المدفوع على ما تقدم في الطهارات **فروع** لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي وأحمد كالإيلاء وهي رواية البرامكة عن أبي حنيفة والأول رواية الأصل لنا قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم والكافر ليس منا وإلحاقه بالقياس متعذر لأن الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع جزاء الجناية عنه بالكفارة مع أنه ليس من أهلها لأنها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ولأنه لا يقدر عليها على رأيكم إذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة وإلغاء قيد الإيمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا إجماع على ذلك ليكون كإلغائه في إذا كحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وما أجيب به من أنها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه إنها تفتقر إلى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما دفع به من افتقارها إليها كافتقار الكنايات إليها وليست عبادة مدفوع بأنه قياس بلا جامع لأن افتقار الكنايات إليها لتعيين أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة ليقع عبادة فلا أظهر إذا والفرق بين الظهار والإيلاء على قول أبي حنيفة حيث أجاز إيلاء الكافر خلافا لصاحبيه أن حكم الإيلاء أمران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لأنهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا إلى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا لم يجز ولو ظاهر يوما أو شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الإبانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فإذا قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال أنت علي كظهر أمي في رجب ورمضان كفر في رجب وأجزأه ولو ظاهر فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالإفاقة مثلا إلا بالعود وجهين للشافعية.

فصل في الكفارة **قوله** عتق رقبة أي إعتاقها فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى بها الكفارة مقارنا للموت المورث لا يجزئه عنها **قوله** وكذا في الإطعام يعني يجب كونه قبل المسيس كأخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله والحقه بهما وحاصله تعليل أن الكفارة منهية ولم يقل بالنص على إيجابها قبل التماس وهذه الكفارة تشملها فيجب كونه قبل التماس ثم أكد بما رواه من الحديث المذكور من قوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلقا من غير تفصيل فيجب إجراؤه على إطلاقه لا يقال هذا لكم زيادة على إطلاق النص بالخبر لما سنذكره ولا يجوز ذلك لأنا نمنع قيد التجزية بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ثم ما لم يقيد [illegible] الصيام فقال فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ثم وأطلق الإطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ولا يقيد التقييد في الإطعام [illegible]

ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه إلى عدوه كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الإعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به إلى سوء اختياره (ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لأن الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي إذ هو عليه متعذر ويجوز الأصم والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر لأن الفائت جنس المنفعة إلا أنا استحسنا الجواز لأن أصل المنفعة باق فإنه إذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزيه

بالإطلاق بعد ما نص عليه على تكرير القيد مع أن التنصيص غير مكتف به فتقييد في التحرير والصوم فإطلاق الإطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على إرادة تكرره مطلقاً أو هو دفع لتوهم اختصاصه بالصفة الأولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالأخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاده معها بعدها فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بأنا نعلم أن تخصيصه بالإطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر في إرادة إفراده عنهما بمعنى الإطلاق فلا يخرج على القواعد إلا أن يتحقق فيما يخرج في عصر من الأعصار والثابت فيه الآن قولان للشافعي وروايتان عن أحمد لأنا نقول الثابت بالنص افتراض الإطعام شرطاً لحل المظاهر منها مطلقاً وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه الحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والإلحاق بالفعلين في وجوب التقديم لا في اشتراطه في الحل والأصل وإن كان الافتراض فالمتعدي إلى الفرع منه الوجوب لا يقال ح يختلف الحكم في الأصل والفرع لأنا نقول الوصف الذي به زاد الفرض على الوجوب ليس من الحكم فإن الحكم هو الإيجاب غير أنه إن كان ثبوته قطعياً سمي فرضاً وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل وما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الإطلاق في ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستأنف ولو قربها في خلال الإطعام لا يستأنف لأن الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق في الإطعام ولا يحمل الإطعام على الصيام لأنهما حكمان مختلفان وإن اتحدت الحادثة **قوله** من كل وجه متصل بالمرقوق فلهذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئاً وعن ذلك يصح إعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه **قوله** الكفارة حق الله تعالى المشهور بناء الخلاف على أن المطلق هل يحمل على المقيد أو لا فعنده نعم وعندنا لا إلا في حكم واحد في حادثة واحدة لأنه ح يلزم ذلك لزوماً عقلياً إذ الشيء لا يكون نفسه مطلوباً إدخاله في الوجود مطلقاً ومقيداً كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقاً ومقيداً بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها والكلام في تحقيق هذا الأصل في غير هذا ولو تنزلنا إلى أصلهم لم يلزم من التضييق في الكفارة الأمر الأعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بياناً في المطلق وتقريره في الكتاب أن الكفارة وهي الإعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدوه وإنما قال الإعتاق يتعلق به ويتحقق أثره له وهو العتق كالزكاة والجواب أن هذا لا يعارض إطلاق النص إلا إذا كان إنما حقيقه منه وليس كذلك لجواز أن يأذن الله تعالى في الإحسان مع التمليك تصدقاً على الكافر في الأمور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الأديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليهم أن المقصود منها التقرب إلى الله تعالى فلولا أن مقصود القربة على الله تعالى يحصل بذلك لم يشرع أصلاً ولا يزيد الفرض على كونه قربة إليه تعالى إلا بكونه مأموراً به فلا يظهر لوصف المأمور به أثر في منافاة كون محله كافراً بعد ما ثبت أنه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكاة قلنا بجواز دفعها لفقراء أهل الذمة وهذا لأن التقرب بفعل إنما هو تحصيل المقصود من محله وهو إنما يتحقق لتمكنه من الطاعات بالإسلام شكراً لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من ربقة الرق فإذا فعل ذلك ثم إن اقترانه بالكفر لسوء اختياره منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب بإعتاقه هذا ويدخل في الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف في إعتاق المرتدة لأنها لا تقتل وإعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه من الكفارة وإعتاق المستأمن يجزيه **قوله** ولا تجزئ العمياء إلخ الأصل أن يكون المعتق كامل الرق مقروناً بالنية وجنس ما يبقى من المنافع بلا بدل فظهر أن اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لأن بفوات جنس المنفعة يصير الرقبة كالمستهلكة من وجه بخلاف نقصانها ولم تعتبر ما فوات الأشياء المكملة مع أنهم اعتبروها في الديات فألزموا بقطع الأذنين الشاخصتين تمام الدية جوزوها هنا عتق مقطوعها إذ الكائن الشيء يأتيان دونهما ولم يثبت نقصان المثبت وما علم أنه

ولا يجزئ مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة [illegible] ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل
فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزئه لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب
الذي ادى بعض المال لان عتقه يكون ببدل [illegible] وعن ابي حنيفة انه يجزئه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ [illegible]
والتدبير [illegible] وان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي [illegible] انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه
المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بيناه ولهذا قال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة
الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو محتمل للفسخ

في جعل العنين والخصي والمجبوب من ان الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك يتعلق به في فوات الزينة على الكمال
لان باعتبار ذلك لا يصير المرقوق بالكامل وجه بل المريض وهذا فرق الكمال بين الاعتاق والدية فيه عدم تجويز الرتقاء والقرناء
والعوراء والعمياء والعشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين او الرجلين او ابهامي كل من اليدين او الرجلين
من جهة واحدة ويجوز من خلاف اما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب وكذا مقطوع ثلث اصابع غير الابهامين من كل
يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع اصبعين غير الابهام من كل يد لا ساقط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق
لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع به انما هو بالعقل واما الذي يجن ويفيق فيجوز عتقها طلقته في الهداية والمراد اذا
اعتقه في حال افاقته وفي الاصم روايتان وما ذكر في الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين فحمل رواية النوادر الاصم الذي
ولد اصم وهو الاخرس فانه لا يسمع اصلا ولا يتكلم ومحل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا اعتق عبدا
حلال الدم فعفي بدمه عن ظاهر ثم عفي عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا اعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى
ويخاف عليه تجوز فان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم
ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرها الا كغيرها من الاصابع والفصل تب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة
البطش [illegible] ولا يجعله فوات جنس المنفعة بل ضعفها ولا يجوز عتق المدبر وام الولد ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيئا الا
او ادى بعض الكتابة واما عتقه منه والحق المكاتب بالمدبر وام الولد بجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فاشبه المدبر وام الولد فنقص
الرق فيه كما نقص فيهما بل هو اولى لعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وام ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية
فدل انه انقص منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها
كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام عليه كما في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب احمد بناء
على جواز بيعه عنده خلافا لنا وفي ام الولد على وجه الاثبات عن الكفارة للنفسه وتحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ عن التقدير تحققها
موجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم
يوجب نقصان الرق بهذا اولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وام الولد لم يتعين
نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما ايضا تعليق العتق بموت السيد ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته الى الرق الا وصف
لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوت من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا انما يقال حق العتق كحقيقته وهذا
هو الثابت في المدبر وام الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في المكاتب الا يكون نقصا
في الرق انما المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كتابة شيء رواه ابو داود يفيد كمال العبودية
والرق وانما لا يستبد المولى بفسخه لانه عقد يحتمل الفسخ بالتراضي بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وحين عتق المكاتب في كل
مملوك لي حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى

لانه يسلم له الاكساب والاولاد فكان العتق فاصلا بجهة الكتابة ولولا ان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب فان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا ورثه ينوي به الكفارة كما في اليمين والمسألة تاتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا للكل عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فعتق الكل بالنصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص

في كل مملوكه حر فنقصان الملك فيه فلا يدخل الابالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى ان الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمي ففي العبد رق في رقبته وملك يجازيه فيها ويتعدى الى غيرها من منافعه واكسابه والكتابة اوجبت الملك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق لكن العتق انما يعتمد الرق لانه لو دام مع الملك ثبت في غير الآدمي ايضا فكان يصح كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المرجح **قوله** الا انه يسلم له الاكساب الخ جواب عما قد يقال اعتقه وقع اتاتقع شرعا بجهة الكتابة وان عين السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم له الاكساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة اجاب بوجهين الاول ان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من جانب اولى مختلف جهاته فيما يرجع الى حق المكاتب جعل هنا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل عتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتداة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالي باختلاف السبب ففي مسألة الزوج تفسخه ليس الا براءة ذمته من نصف الصداق وقد حصل فلا يبالي لكونه من سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس الا العتق عند الاداء وقد حصل عينه الثاني وانفساخ الكتابة ضروري اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع تحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاكساب لانه لا دلالة على الرضا بها فيعتق في ضمنها مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والا لتقرر بدل الكتابة او التسليم المبدل يوجب تقرر البدل **قوله** وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها بناء في الشراء اما لو ورث احدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه ولو وهب له او اوصى له مع الحاصل انه اذا دخل في ملكه بصنع منه اذا نوى عند صنعه ان يكون عتقه عن الكفارة اجزأه والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فانت حر فنوى كون العتق وقت دخوله عن كفارته لا يجوز ولو نواه وقت اليمين جاز **قوله** وضمن قيمة باقيه يعني اعتق ذلك الباقي ايضا لم يجز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بناء على تجزي الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزى فاعتاق نصفه اعتاق كله غير ان المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض لو كان المعتق المعسر لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود لانه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده يتجزى فاعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد يمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد بل اشد لان عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير فصار كانه اعتق عبدا الا شيئا منه بخلاف المسألة التي بعد هذه فانه اعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز كمن اضجع شاة ليذبحها اضحية فاصابت السكين عينها فعورت فان قيل الملك في المضمون يثبت مستندا الى وقت وجوب الضمان وبه يظهر ان نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك في المضمون انما يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له

وإعتاق النصف حصل بعد المسيس وعند هما إعتاق النصف إعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس فإن لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق لأن التتابع منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله تعالى والصوم في هذه الأيام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف رح لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وإن كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف

أو في حق غيرهما فيمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجز ولا يخفى أن التعييب ضرورة إقامة المأمور به فليس كالتعييب بصنعه مختارا حتى أنه لو خاف عين الشاة متعمدا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك أولى بالاجزاء من العبد المختص بالملك مالك النصف لا يقدر على عتقه إلا بطريق عتق نصفه فحاله أشبه بذابح الشاة من ملكه على الكمال وجوابه أن المعنى أنه يحصل بسبب إقامة الواجب وهذا القدر كاف في عدم المنافية لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن إقامة الواجب إلا كذلك فإن الشارع لما أطلق له العتق بمرة وبمرات كان لا محالة إذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع ومن هذا بحث بعضهم أنه تجب الاجزاء في الصورتين فإن النقص في الأول أيضا حصل بسبب العتق كالثانية والتعمد وعدمه سواء لأنه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطاء ولأن الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند إعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية وأجاب عن قوله أنه إنما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بأن النقص لما كان حكميا فسواء وجد في ملكه بين إعتاق نصفه وإعتاق باقيه أو في ملك غيره وبين الإعتاقين لأنه لو كان ينافي كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه أن منافاة الكمال لا يستلزم منافاة الاجزاء إلا إذا كان في غير ملكه لأنه إذا لم يحصل بسبب إقامة الواجب غير أنه إذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتريا ناقصا معنى لمعتقه عن الكفارة بخلاف ما إذا وقع في ملكه حيث لا يتحقق فيه الإهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم إعتاقه فحيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه بخلاف الأول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا إلى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فجعل قدر النقصان خارجا عن الإعتاق

قوله وإعتاق النصف حصل بعده فإن قيل كل إعتاق بعد هذا وإن كان إعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا قلنا إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ويبطل إعتاق ذلك النصف لأن الشرط للحل مطلقا إعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الإثم بذلك المسيس ثم لم يمكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لأن المجموع ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت إلى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع رقبته قوله وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق معنى الجبر إذ أنه لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال الشافعي رح والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه منظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في أحكام القرآن وبه وعليه المسكن وجوابه أنه بمنزلة لباسه ولباس أهله بخلاف الخادم وفي الاسبيجابي يعتبر اليسار والإعسار وقت التكفير أي الأداء وبه قال مالك وقال أحمد في رواية والظاهرية وقت الوجوب وللشافعي ثلاثة أقوال كالقولين وثالثها تعتبر أغلظ الحالين قوله فكفارته صوم شهرين متتابعين بالأهلة أجزاه وإن كانت ثمانية وخمسين يوما وإن صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستيناف قوله فإن جامع التي ظاهر منها كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول أبي حنيفة فإنه لو جامع زوجة أخرى ناسيا لا يستأنف عنده أيضا كما لو أكل ناسيا لأن حرمة الأكل والجماع إنما هو للصوم فلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فإنه ليس للصوم بل لتوقف الكفارة وتقدمها على المسيس شرعا فبالجماع ناسيا في أثنائه يبطل حكم الصوم لتقدمه في حق الكفارة على وجه ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف العبد ليفوت كون المجموع قبل التماس كون السبب النسيان لا أثر له في نفي هذا الواقع وعدم فساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده بالبلا

وإن أفطر فيها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة ولا يجزئ العبد في الكفارة إلا الصوم لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير أو قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أو قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة فإن أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود إذ الجنس متحد وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه

يكونه مائة ليس بقيد بل جامعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء لأن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم **قوله** وإن أفطر منها يوما بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل والفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض لو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لأنها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين فإنها تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها **قوله** لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه أوقعه تعليلا لقوله وإن أطعم المولى عنه أو أعتق فأفاد أن معناه أنه ملكه وأمره أن يعتق ويطعم ليكون هو المكفر إذ لا بد من الاختيار سواء أراد ما كلفه به أو معناه أن العبد أمره ففعل ذلك فإنه يتضمن تمليكه ثم إعتاقه عنه وإطعامه واعلم أن للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات إلا كفارة الظهار لأنها يتعلق بها حق الزوجة **قوله** وإذا لم يستطع الظهار الصيام لمرض لا يرجى زواله أو كبر **قوله** أو قيمة ذلك أي من غير ما نص عليه فلو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا حتى لو دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا ودفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك في الاعتبار لزم إبطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف في غيرهم فإن قيل لو كسى عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الإطعام جاز عنه إذا كانت قيمة نصيب كل منهم قيمة الإطعام مع أن كلا منهما منصوص عليه قلت المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير أنها لا تتحقق إلا بالثوب فلما لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة أعني الكسوة أصلا لأنه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر إذ لا كسوة إلا بثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص **قوله** في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبراني في حديث أوس بن الصامت قال فأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا أملك ذلك إلا أن تعينني فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه أنه كان برا لأن التمر والشعير يجزي منه صاع وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن إسحق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فإني سأعينه بعرق من تمر قالت يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعا وأخرج الحديث أيضا عنه بهذا الإسناد إلا أنه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم يحتج إلى معاونتها أيضا بعرق آخر في الكفارة وأخرج أبو داود عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة في أنه كان المخرج تمرا وبها والله تعالى أعلم وأما الذي في حديث سلمة بن صخر البياضي قال فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم وصححه ما أثبتناه في صدقة الفطر من أن الواجب من البر نصف صاع وإذا قابل بالعرق فكيف المخرج في الصدقات الواجبة **قوله** لأن الجنس متحد وهو نفس

الا ان يتم فغداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام

وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاق نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول ابي حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر هو ان المامور به اعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة عن سبعة **قوله** فان غداهم وعشاهم جاز المعتبر اكلتان مشبعتان لكل فقير ما دام الكلام مجريا في سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء او غداءين او عشاءين بعيد انها والستين ولو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع من ابي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة اربعة ارغفة او ثلاثة فشبعوا اجزاهم وان لم يبلغ ذلك الا صاعا او نصف صاع قال ولو كان احدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل اشبع التسعة **قوله** وهو حقيقة في التمكين من الطعم لا يقال الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا بينهما او في حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الشتم والضرب مع التافيف كذا هذا فالنص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الاكل يجوز فانه يدفع لحاجة الاكل وغيره **قوله** وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب احمد لا يجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز واصحابنا اشد موافقة لهذا الاصل وكذا قالوا في المسئلة الآتية من قريب وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله من وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب من رمية مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد اولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان تكرر الحاجة بتكرر المسكين حكما فكان تعددها وتمامه موقوف على ان ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة او حكما ولا يخفى انه مجاز فلا يصار اليه الا بموجب فان قلت المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو اعم من كونها حاجات ستين او حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا ان الظاهر انما هو عدد محصور ذوات المساكين مع عقلية ان العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء **قوله** وهذا اي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم اما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد ففيه اختلاف فقيل لا يجوز ايضا الا عن يومه وذلك وهو في المبسوط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بعرف ما تقدم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه كالاطعام للطاعم فلا يجوز كما لا يجوز لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع من كفارة اخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليها فان قيل لو كسى مسكينا واحدا عشرة اثواب في عشرة ايام حيث يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف احوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم على الثوب

ان قربها التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصيام فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما اذا اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احديهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء

بغير الحاجة المتجددة فيقوم مقامها الا انها تتجدد وادنى ذلك يوم لتجدد الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التمليك لما اقيم مقام حقيقة الاطعام وشرع من ذلك نظر اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع الكائن بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو الكائن بالنسبة الى دافع آخر وكفارة اخرى ومن هذا المعنى لا اشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة بهذا الحال فيما هو بها يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول هو الاوجه وحاصل جوابه منع كون التمليك لما اقيم مقام الاطعام اعتبر فيه من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما اقيم مقام الشيء اعتبرت فيه احكام ذلك الشيء واما بعد فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع انه معنى معارض لمعنى آخر وهو ما ذكرناه **قوله** وان قربها التي الخ الحاصل انه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها في خلاله لم يستأنف لانه تعالى ما شرط فيه ان يكون قبل المسيس بحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثة واحدة بعد ان يكونا حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق او الصيام في خلال الاطعام او قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فلو جوز للعاجز عنهما العتق ان قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم ان يقع العتق بعد التماس والمفضي الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله امر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل تثبت الاستحباب ورعا فالاولى الاستدلال بما ذكرنا اول الفصل من النص والتعليل بما ذكر **قوله** لمعنى في غيره هو توهم القدرة على العتق او الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام تخلل الوطء **قوله** عن ظهارين سواء كانا من امرأة او امرأتين **قوله** له الخ حاصل الوجه انه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضي للاجزاء صرف الملكية الى تجزى من كفارتين الى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضي وانما يكون كذلك لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس من بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا يعتبر فيبقى فيه مطلق الظهار ومجردا لا يلزم اكثر من واحد وكون المدفوع لكل مسكين اكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع ادنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع او كانا جنسين وقد يقال فتبين ان الحاجة الى التمييز هو محتاج اليه في اشخاص الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر اثر هذا الاعتبار فيما مر جوابه من انه لو اعتق عبدا على عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم يلغ حتى تحل له التي عينها من الشخصين ولو انه ظاهر منها فاعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه من نية كفارة زينب فهذا ايضا يجب ان يلغو الثبوت بالغرض الصحيح في نية الظهارين وهو حلهما معا فيجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلهما في الاطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق ولهذا يصير حاصل الجواب تسليم وجود المقتضي وادعاء المانع وهو رجوع انقطاع عن التسليم الاول وقد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار الستين بمائة وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بابعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة وباعتبار تجدد الحاجة بالاتفاق على ان وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة

ولو اعتق عن ظهارين رقبة واحدة او صام شهرين متتابعين عن ظهارين او اطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر جاز عن احدهما وقال زفر لا يجزيه عن واحد منهما وقال الشافعي له ان يجعل ذلك عن احدهما لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيدة فتلغو وفي الجنس المختلف مفيدة واختلاف الجنس في الحكم هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يومين بنية قضاء يوم من رمضان اجزاه عن قضاء يوم واحد نظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا يجزيه عن احدهما والله اعلم

باب اللعان

الى كفارة اخرى فهو محتاج آخرا النية اليها فاوقع الاسم قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة اخرى قوله وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما هذا اذا كانت الرقبة مومنة فان كانت كافرة صح من الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة القتل فتعينت للظهار قوله في الفصلين اي صورتي اتحاد الجنس واختلافه قوله لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر او الزجر كلها جنس واحد ولذا حمل المطلق منها على المقيد في الآخرى قوله لخروج الامر من يده فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة من كفارة وبذلك خرج من يده امكان ان يجعله من احدهما لانه بعدما وقع نصفين وجه لا ينقلب الى غيره قوله فتلغو فاذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله ان يعين ايهما شاء كما لو اطلقها في الابتداء قوله واختلاف الجنس الخ لما تعلق باختلاف الجنس واتحاده اجوبة المسائل افاد ما به الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وما لا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين اعني الوقتين حقيقة او حكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعها بل الدلوك هو من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للايام كلها بل فيها فكل يوم والكان سببا لصومه فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وشهود اليوم فباعتبار اتحاد السبب لا يحتاج في نية قضائها الى تعيين يوم السبت مثلا او يوم الاحد وفي الصلوات فان تعذر عليه معرفة يومي الظهرين ينوي اول ظهر عليه او اخر ظهر عليه ان لم يكن ساقط الترتيب وقد اسلفناه في باب شروط الصلوة وكذا اشترط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عن رمضان الاول والثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومها بما يجمعها ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع من النفل عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد اصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند ابي يوسف يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو عن حجة الاسلام اتفاقا عند ابي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلقا وبه تتأدى حجة الاسلام والله اعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كانه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء اقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه من النذر لانه نفل في اصله وقد بينا هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شرعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هذا رواية عنه فيه هذا وحمله الكبير على الاصل المعهود عن ابي يوسف رحمه الله في المنتقى لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا

والله الموفق

باب اللعان هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد ...

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها
وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن

لغيره ويكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال الحنيف اكرمه فان صبية حق ولا تك لعنة للنزول وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين
من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمي بذلك لوجود لفظ اللعن في الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو ايضا موجود فيها
لانه في كلامها وذلك في كلامه وهو اسبق والسبق من اسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد في الاجنبية
وركنه ذلك المخصوص وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتي واهله من كان اهلا للشهادة قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا بان يقول زنيت
او رأيتك تزنين او يا زانية هذا مذهب الجمهور وعند مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان
البتي ويحيى بن سعيد وضعف بان الكل رمي بالزنا وهو سبب بلا فرق قوله وهما من اهل الشهادة اي من اهل ادائها عن المسلم فلا يجري
اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان احدهما مملوكا او صبيا او مجنونا او محدودا في قذف واورد انه يجري بين الاعميين والفاسقين
مع انه لا اداء لهما ودفع بانهما من اهله الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان الفصل بين نفسه وبين امرأته
فيكون اهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح ان الاعمى لا يلاعن قوله ممن يحد قاذفها فلو كانت لا يحد قاذفها
بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه او كان لها ولد وليس له اب معروف او زنت في عمرها ولو مرة او وطئت وطئا حراما بشبهة ولو مرة
لا يجري اللعان واورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل ايضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان بينهما وان كان
ممن يحد قاذفها اجاب في النهاية بان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قذفها لا يكون موجبا شيئا لا الحد ولا اللعان
فاما قذف الرجل عند عدم احصانه فموجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يحتج الى تحققه عند عدم احصانه عن وجوب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد
قاذفه اذ الحد اصل للعان فكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان ان يكونا من اهل الشهادة
ولا شهادة لمحدود في قذف كما هو ممن لا يحد قاذفه وكان لا يحتاج الى هذا الشرط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها للتثبت عفتها لان حد القذف
لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان شرط اللعان ان تطالب المرأة بموجب
القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها لا يحل لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى يقتضي اشتراطه انتهى
والحاصل ان المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه فانه ليس بمقذوف
وهو شاهد فاشترطت اهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه قوله والاصل اي الاصل في اشتراط اهلية الشهادة فيهما واشتراط
كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها ان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا اهلية الشهادة فانه قائم مقام
حد القذف في حقه ولكونها اي قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها ان كان صادقا قوله عندنا
قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعي اللعان ايمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من اقوال مالك واحمد فمن كان اهلا
لليمين وهو من يملك الطلاق فهو اهل له عنده فيجب اللعان بين كل زوج عاقل وان كان كافرا او عبدا وهو قول مالك
واحمد في رواية وجه قولنا قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين الا ترى
انه لو قال اشهد ينوي اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المعهود في الشرع عدم قبول شهادة

قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم
مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة فان الركن فيه الشهادات ولا بد ان تكون
هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون
الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معهود في القسامة ولان الشهادة محلها الاثبات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب الحمل بحقيقة احدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما علمت من الموجبين المذكورين فهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه ان يقال ايمان موكدة بالايمان لا ايمان موكدة بالشهادة ولنا الآية والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم اثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون ازواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له اصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها فلو لم يكن هذا كان امكان الحمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وقد وجد صارف عن المجاز وما توهم صارفا ماذكر غير لازم قوله فقبول الشهادة لنفسه ذكر بالواو لا معهود به قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لاثبات الحكم لا معهود به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيف ما اراد وشرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له ايضا شرعية ذلك ابتداء ثم هما اقرب في القول لعقلية كون التهمة في ذلك المحل ربما يدلا على عجزه عن اقامة شهود الزنا وهم اربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولهذا يثبت عند عدمها اعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو فغير بعيد ان يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب الشهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما هو الثابت بالايمان وهو اندفاع موجب دعوى كل من الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بهما لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما واما قوله اليمين للنفي الخ فمسلم اذا وقعت في انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بامر نفي او اثبات وهذا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على امر واحد بحيث يحلف فان هذا هو حقيقة كونها موكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن احدهما موكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط اهلية الشهادة وعدمها

قوله قائمة مقام حد القذف في حقه اي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا الا يرى انه لو قذف بكلمة او بكلمات اربع زوجات له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن بل لا بد من ان يلاعن كلا منهن على حدة ولو كن اجنبيات فقذفهن حد حدا واحدا لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة وتعذر اجتماع الكل في كلمة قوله ويجب بنفي الولد مراده من كونه منها او ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية او نفي نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره من ابيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه اجنبي فيكون موجبه اللعان لما قلنا كذا في شرح الكنز قوله ولا يعتبر احتمال الخ جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لما ذكرنا من احتمال كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا اجاب بان هذا احتمال لا يعتبر لان النسب فانكان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الاصل في ثبوته الا من هذا الفراش القائم فاذا نفاه منه مع عدم ثبوته من غيره فقد نفى الثبوت ظاهرا حتى ... [illegible]

ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه ولو لم يكن الزوجان

قذفا ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر من غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبته الى الزنا ثم شبهه بما اذا نفى اجنبي نسبه من ابيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا صريح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعي ثم قال واجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يقربها وجاءت به حين علم اليه ولا يدري من اين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقرير قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي اجنبي نسبه من ابيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم اورد صورة الاجنبية مقيسا عليه فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يتعرض في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وقوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرهما وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع لشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولد من زوجته اجيب عنه بانا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بينا قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنا بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررنا فانه يستلزمه قوله ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبه احتياجه الى نفي من ليس ولده عنه قوله فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وعند الشافعي رحمه الله اذا امتنع حد حد القذف وكذا اذا لاعن فامتنعت حدت حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن او تصدقه وبه يرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا اكذب كل الآخر فيما ادعاه والادعاء هنا القذف فهو ليس بمكاذب فالتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع السبب فهذا اذا اعترف بالقذف ولو انكر فاقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع لو مات الشاهدان وغابا بعد ما عدلا يقضي باللعان وفي المال يقضي بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتدا حيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد فهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة واحدة لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان قطع النسب انما ثبت حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وجه قول الشافعي رضي الله عنه ان الواجب بالقذف مطلقا الحد بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يتمكن من دفعه عن نفسه اذا لاعن فاذا امتنع ثبت الحد وقلنا القدوة بزوجة اللعان يخبر عليه فاذا لم يدفعه به يحبس وكذا في المرأة اذا امتنعت

او لانه ليس من اهل الشهادة ... بالقذف ... وهو الاصل في الباب قوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الآية واللعان ... ان كان من اهل الشهادة ...
... وان كانت ... من اهل الشهادة او ممن لا يحد قاذفها
... اربعة لا لعان بينهم ... والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

بعد ما وجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت عنه حدت للزنا وليشير اليه قوله تعالى ويدرؤ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله
ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الى قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله جعل الواجب شهادة احدهم وقد عرفت
ان ما به الجزاء يحذف من المبتدأ كثيرا فافاد ان الواجب في قذف النساء اللعان فاما ان يكون ناسخا او مخصصا لعموم ذلك العام
لا جائز على التعيين بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الحكم الثابت في قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره فاذا امتنع من ايفائه
يحبس لايفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه حتى يوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام
وهو شرط المخصص الاول والعلم بتأخره عنه ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال للذي قذف امرأته ائت باربعة شهداء والا فحد في ظهرك فنزلت آية اللعان
ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد لجواز كونه الحبس اذ قام الدليل على ان اللعان هو الواجب وجب حمله عليه وقيل والعجب
من الشافعي رضي الله عنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وهو عنده
عبد او فاسق والعجب عنه انه يمين عنده وهو اليمين لا يوجب المال والاستحقاق ... واستدل به كل من الزوج
والمرأة به الحد عن نفسه ... وجب به الرجم الذي هو اغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها لنكولها ...
اللعان قلنا هو ايضا من ذلك العجب كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد مما يندرئ بها ... فلا يكون بمنزلة
الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة ... مع ايجاب الموانع ... مع الشبهة كيف يوجب الرجم ... وهو اغلظ
الحدود ... الحاكم ... الزوج ... على امرأته بالزنا ... شهادتهم ... ان كان
الزوج قذف ... الزوج قوله اذا ... اذا كان الزوج ...
... بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم
الحد ... الى ... يكون الموجب الاصلي هو ... بعد العموم ... يحفظ باللعان كما قال الشافعي رحمه الله
وانما على ... من ثبوت ... في قذف الاجنبيات ... وجوب ... المنسوخ ... التغيير ...
الى غير حكمه ... ان يقال ... حكم الحد ... من كان من اهل الشهادة من الازواج الى كل
زوج لان ... الناسخ ... لم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم ... ذلك ... العام موجبا لحكمه ... وجوب الحد ... لم يكن
الا فيمن ... قوله وان كان اي الزوج من اهل الشهادة وهي ليست من اهلها او من اهلها الا انها لا يحد قاذفها بان كانت
قد زنت في عمرها ... اللعان وهو ظاهر ... لا يحد ... الا انها ليست من اهل الشهادة
بان تكون ... محدودة في قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه ... امتناع الحد ...
... امتناع اللعان من جهة الزوج لم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان ... اللعان ... اهل الشهادة ولم يكن ... حكم
... الاتفاق ... امتنع من ... الموجب ... من جهته ... اهلية الشهادة ... حكم ... الثاني
...

ولو كانا ... في ... تغليظ ... وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني
لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في جميع ذلك
ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان
من الصادقين فيما رماني به من الزنا والأصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا

عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت
المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك وأخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو
بن شعيب ... بالطريق الأول أيضا وقال وتابعه يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف
وروي عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه
عن عطاء ... عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وأنت علمت أن
الضعيف إذا تعددت طرقه كانت حجة فهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على أن
معنى الحديث المذكور ما يدل عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرنا من أنها شهادات الخ **قوله** ولو كانا محدودين فعليه الحد لأن
امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا إذا كان هو عبدا ومن محدود في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب
عليه الحد وإن امتنع من جهته لأن قذف الأمة والكافرة لا يوجب ... قذف المحدودة إذا كانت عفيفة فإنه لو قذفها أجنبي يحد فكذا
الزوج ولو قذف الكافرة ... الأجنبي لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين وعند الشافعي رحمه الله وغيره
... [illegible] ... كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو
بمعنى من جهتها فكان ينبغي أن تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي أن ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيجب سقوط الحد
... [illegible] ... إن لم يكن ... وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار
... [illegible] ... فلا يعتبر المانعية
من جهتها ... [illegible] ... فيجب على ما كان
وجب وكان ثابتا قبل قذف الزوج موجب الحد **قوله** وصفة اللعان الخ ظاهر في أنه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله
... [illegible] ... قال الشافعي وأحمد رحمهما الله وأشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي أن يعيد اللعان عليها لأن
اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج ... [illegible] ... في باب الدعوى
ثم ... [illegible] ... فإن لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد ولأنه
... [illegible] ...
... [illegible] ... وبه قال مالك رحمه الله ...
... [illegible] ...
... [illegible] ... وإن كان ...
... [illegible] ...
... [illegible] ...

لانه اقطع للاحتمال وتوجيه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المفاعلة اذا اقتضت الفعل من الاثنين لا احتمال **قال** ولا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم يدل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فقال ان امسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رح لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

اللعان او لا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال لها زنيت قبل ان اتزوجك او قذفتها قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله وعن احمد في خزانة الاكمل من اخر يلاعن في قوله زنيت قبل ان اتزوجك يحد وفي قوله قذفتك قبل ان اتزوجك او قذفها ثم زنت او وطئت بشبهة لا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردته ولو اسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم ابانها يسقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد اللعان **قوله** لانه اقطع للاحتمال لاحتمال ان يضمر مرجعا للضمير الغائب جهة غير الزنا بخلاف الخطاب وتقول هي ايضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا فالاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن **قوله** اذا انضمت اليه الاشارة ينبغي ان تقطع احتمال ضمير الغائب الا ان المراد ان انقطاع الاحتمال بها وباجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها **قوله** لا تقع الفرقة حتى لو مات احدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بان اكذب نفسه او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطئت هي وطئا حراما او خرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطئها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ومعه الائمة لا ينفذ **قوله** بالحديث يشير الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان ابدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علة له وسيأتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا سلمنا الوقوع للفرقة بمجرد لعانه الزوجية قيل ينبغي على هذا ان لا تلاعن المرأة اصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر انما يفيد حرمتها بعد لعانهما لا بلعان احدهما وهذا لان حقيقة حال المتفاعلين باللعان هو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها والقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير فصل اعتبارا وعلى هذا وليس يلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انه لا يتفقان بعد اللعن فليس يقطع في ذلك بل قد يظهر له يريد صدقها الا فقد بعد غاية العداوة كما يجوز بقاؤها مع العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيوجب التسريح باحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته امره القاضي بالتكفير الا ان النظر هنا لا ينتهي بفعل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فينحصر امره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لرفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين من ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق رسول الله بينهما والحق الولد بامها اخرجاه ايضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل ان يأمره النبي صلى الله عليه وسلم هو الذي عني المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن الخ لكن الصواب ما عرفت من ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بعض الشارحين للمتن قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين وزاد ابو داود قال فيه فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا قال البيهقي قال الشافعي في هذه الحكم عويمر حين طلقها ثلاثا ...

وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما
ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها لا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان

باب اللعان فرقته مضاركين شهدا الشيبان في اسلعت فهو يلزمه خبرا او لم يشهد وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي
تفريق حكم لا فرقة الزوج وقال الزهري رحمه الله فصل فكانت سنة المتلاعنين اي الفرقة قال البيهقي رحمه الله والذي يدل على ذلك
ما اخرجه ابو داود رضي الله عنه في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة هلال بن امية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من اجل انهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها واجيب بانه لو وقع الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه صلى الله
عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله قال
يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها
فدل تقريره صلعم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من اجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال
ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى تكون ترك الانكار حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات
اليه ويجاب بانه يستلزم مفسدة ح لان السكوت يفيد تقريره بانه الواقع خلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى الايهام
لانه يفيد تقريره وقوعه الان فيستلزم فيها فرض عدم طلاقها وتاخيره الطلاق حتى اعترض موت احدهما او تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق
القاضي فلو نطلقها جهلا قبل تجديد النكاح او توريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان
توقعا في المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا فالفرض بحسب والفراغ عندنا يامره القاضي ان يطلق وان ابى طلق هو وكذا
في غيرها اعتدنا وقوعها فكان يجب لانه ترك بوعلا من حكم وليس هو مشروعا وايضا فحديث ابن عمر فانه قال فيه ففرق رسول الله صلى الله
عليه وسلم يعني امضاء ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع او يقع واحدة ثم هو اولى من حديث ابن عباس
رضي الله عنه لانه رفع امضاء صلعم الطلاق وذلك انما يكون بفهم اعتبار ذلك عليه السلام قوله وهو خاطب الخ يعني اذا اكذب نفسه
بعد اللعان مع التفريق وحد او لم يحد جاز خاطبا من الخطاب يحل له تزوجها خلافا لابي يوسف ولو كذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح
كذا في الغاية ولو اكذب نفسه قبل اللعان نظر فان طلقها قبل بالاكذاب حد ايضا وان ابانها ثم اكذب نفسه فلا حد ولا لعان لان للعان اثره التفريق
بينهما وهو لا يتاتى بعد البينونة اي بسبب الابانة وهو لا يصح بدون كلمة لا يجب الحد لان القذف وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد
لا يوجب حدين بخلاف الاكذاب بعد اللعان لان حد القذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانا نجد حكمين من اللعان كما يحد شهود الزنا اذا رجعوا
بالتفسيق وتهم نسبته الى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية انت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان بانه قذفها وهي زوجة ثم بانت
ولو قال انت طالق ثلاثا يا زانية حد وكما تحل له باكذابه نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا اجنبيا بعده فحدت او قذف
هو اجنبيا فحد او زنت او وطئت احدهما حتى خرج بذلك احدهما من ان يكون اهلا للشهادة لارتفاع السبب الذي لاجله افترق
المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كيلا يتكرر اللعان ان يقذفها مرة اخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة في العمر ويخلو القذف
عن الموجب في الدنيا فخروج احدهما عن الاهلية يقع الامن عن ذلك وقال ابو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان
ابدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة فاذا كانت حرمة مؤبدة لا يكون طلاقا بل فسخا ويلزم

[illegible]

[illegible]

ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيبدأ فيقول أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين
فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه لما روي أن النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال

على قول أبي يوسف رحمه الله أن لا يتوقف على تفريق القاضي لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون الزوجية قد ملكت معه كما يكون بائنا
لو زالت فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب
وروى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبدا وقد طعن الشيخ
أبو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح إسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفترقان بمجرد
اللعان المتقدم فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه وأخرجه الدارقطني أيضا موقوفا على علي وابن مسعود قالا مضت السنة وروى عبد الرزاق
عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على عمر وعلي وابن مسعود أجاب المعم بقوله ولا يجتمعان ما داما
متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعني أن الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع وهي القضية المسماة بالمشروطة
ولم يبقيا بعد التفريق من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكمه بالإكذاب بنفسه لثبوت النسب إن كان القذف بنفي الولد
ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فيثبت
نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم بحكمه لما قدمنا من أن إرادتهما باعتبار قيام التلاعن
حقيقة متعذر ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما لعان في الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الإكذاب
إذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الإكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن يبقى النظر في أي الاحتمالين
أرجح وأظن أن الثاني أسرع إلى الفهم والله أعلم وأما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام
المقصود منه وما ذكره بعضهم من أن سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه مما يبعد عن الفقه إذ لا شك في تعاطي
السلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح **قوله** ولو كان القذف بنفي الولد نفى
القاضي نسبه وألحقه بأمه شرط هذا الحكم بأن يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان حتى لو علق وهي كافرة أو أمة ثم أعتقت وأسلمت
فنفى نسب ولدها لا ينتفي ولا يلاعن لأن انتفاءه إنما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولأن نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه
فلا ينقطع والله أعلم وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له ولذا لأنه لا يلحق به الولد وفيه نظر لأن المجبوب
ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار واللعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يجب
اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند أبي يوسف فيهما الحد واللعان لأنه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها
ولم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الأجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لأنه لما حد قاذفها فقد حكم بكذبه **قوله** وصورة اللعان
أي في القذف بنفي الولد **قوله** لما روي أنه عليه السلام نفى نسب ولد امرأة هلال قيل غلط فإنه لم يكن لامرأة هلال ولد وإنما قذفها بنفي
ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذي أتت به فإنها حملت من الوطء الذي قذفها به والحديث في البخاري وأبي داود ويختلف ألفاظها وتتبع
عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم
غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني

ابن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الآية فسري
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت ارجو ذلك من ربي تعالى فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرهما واخبرهما ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا وقال
هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذبت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين
فلما كان الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال والله
لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت اربع
شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي
توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا افضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق
رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان لا بيت
لها عليه ولا قوت من اجل انهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال عليه السلام ان جاءت به اصيهب اريصح اثيبج [illegible]
حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت به اورق الى آخر
الاوصاف الثانية فقال عليه السلام لولا الايمان لكان لي ولها شان قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك اميرا على مصر وما يدعى لاب
هذه في لفظ ابي داود وفي رواية اخرى سائر اليوم لا افضح قومي وفي مسلم والنسائي عن انس ان هلال بن امية قذف امرأته بشريك
بن سحماء وكان اخا البراء بن مالك لامه وكان اول رجل لاعن في الاسلام فقال صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به ابيض سبطا قضئ العينين فهو لهلال
بن امية وان جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فانبئت انها جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهذا وما قبله يدل على
انها كانت حاملا وقطع نسب الولد التي تاتي به وفي سنن النسائي ايضا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني
وامرأته وكانت حبلى واخرج عبد الرزاق هذا ايضا وقال زوجها ما قربتها منذ عفار النخل انها كانت تسقي بعد الآبار بشهرين فقال عليه السلام
اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهدت عويمر بن الحارث
العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وانكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر
ثم ولدت فالحق الولد بالمرأة وجاءت به اشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم عليها الا خيرا فلما جاء الشبه
بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت امه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي
وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمر انساق الحديث الى ان قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك
بن سحماء وشهد عويمر بن الحارث وشريك بن سحماء احدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسبته
في قصة هلال الى شريك ايضا في قصة عويمر قيل ويجمع بينهما بانهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين ايضا عن ابن عباس في
قصة هلال فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عندها فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وفي هذا ان اللعان

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه وحل له أن يتزوجها وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك إن قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جهتها وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم أهلية الشهادة وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكره في الأصل لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا إذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال إن كان بك حمل فهو من الزنا والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا

بينهما كان بعد الوضع وفي ما تقدم خلافه وهذا التعارض قوله فيتضمنه القضاء الخ اي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق قوله وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق الخ اي لا يثبت قطع النسب بمجرد التفريق لانه اي التفريق باللعان قوله لانه ينفك عنه اي قد ينفك نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى فطلبت ام الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به قوله فلا بد من ذكره حتى لو لم يقل لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة رضي الله عنه هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت ولده فيه ولو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فاكذب الملاعن نفسه يثبت عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس لان الابن يعير بانتفاء نسب امه كابيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها قوله فان عاد الزوج فاكذب نفسه اي بعد اللعان ونفي الولد قوله وهذا عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد على ما سبق قوله وكذلك ان قذف غيره الخ على وزان ما بيناه في زوال الاهلية بعد اللعان فالقذف بمجرد الزنا قوله وكذا اذا زنت فحدت قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا تبقى محلا للزوج بل المراد حتى تخرج من الاهلية ولذا اطلقنا فيما قدمنا ومنهم من غلط بتشديد النون بمعنى نسبة غيرها الى الزنا وهو معنى القذف فيستقيم توقف حلها لا دل على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها ان يكون لاحد زوق واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة وتشكل بان زوال اهلية الشهادة بطريان الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي منها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل ثمرة من الحرمة قوله ولو قذفها وهي صغيرة او مجنونة قذفا مقتصرا فلا لعان فكذا اذا اسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بان قال زنيت وانت صبية او مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وانت ذمية او منذ اربعين سنة وعمرها اقل من ذلك فانه يقتصر قوله لانه اي اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال حلفت مكان اشهد لا يجوز ولا شهادة للاخرس في الاموال فهنا اولى وكذا اذا كانت خرساء لا لعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال انها تصدقه او لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة قوله وفيه خلاف للشافعي ومالك والظاهرية فيلاعن بالاشارة عندهم اعتبارا بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان امامة بنت ابي العاص اصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فرأوا انها وصية قلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فيجوز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندرئ بها بخلاف غيره فانه يثبت معها قوله وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال احمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن ابي ليلى وابو ثور رحمهم الله مثله بقولهما قال مالك وابو حنيفة رضي الله عنه اولا قوله وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ يعني وقت الوضع اذا ولد لاقل من ستة اشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن ابي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي لحديث هلال بن امية انه عليه السلام لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ما يفيد القصة التي ذكرناها قوله فيصير كالمعلق كانه قال ان كان بك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يحد ولا يلاعن وكذا ما بمعناه فان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة ظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق اذ الحمل موهوم فيه شبهة التعليق اذ لا يعرف حكم الا بعاقبته فهو كالمشتبه في حقنا فشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وظهور الخيبة

وتأتي لان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي ولو نفى الرجل

ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب هذا

عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة

النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو

قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي

امتنع لعانهما ما لم تضعه عندنا لان الحمل وان تترتب عليه احكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفي

الحمل بل بالزنا قال ان حدث شريك بن سحماء بعيني اشياء في بها وقوله عليه السلام انظروا فان جاءت به كذا الخ ما قدمنا فانظره كان انما علمه عليه السلام

بحملها من طريق الوحي او لان اللعان تأخر حتى ظهر الحمل هكذا انكر احمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزي على ان كون لعانهما كان قبل

الوضع معارض بما قدمناه من الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد انه كان بعد وضعها وهو قوله فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر

زوجها انه وجده عندها فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل بانه بعينه لان التعارض يوجب التوقف **قوله** ولنا ان الاحكام

لا تترتب عليه اي على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونه نفخا او ماء وقد اخبرني بعض اهلي عن بعض خواصها انها ظهر لها حبل واستمر

تسعة اشهر ولم يشككنا فيه حتى هيئت له ثياب المولود ثم اصابها الطلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل

عصرة تصب ماء حتى قامت فارغة من غير ولد واما توريثه فالوصية به وله ولا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل واما العتق فانه يقبل

التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى واما رد الجارية المبيعة للحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل

وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا

يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان

بها لانه من قبيل الحد والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب **قوله** واذا نفى الرجل الخ حاصل هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي

الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق ان لا يقبل التهنئة او لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي يعتبر فيها السكوت رضا وقد اوردناها

منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت

النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس بدعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه ان يقع اعني النفي في

زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو وقع نفي بعده انكان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائبا على

ما سنذكر ثم لم يعين لها مقدارا في ظاهر الرواية وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة رحمه الله تقديره بثلاثة ايام وروى الحسن عنه سبعة لانها ايام

التهنئة وضعفه السرخسي لان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها اثر الولادة وكان القياس ان لا يجوز النفي

الا على فور الولادة كقول الشافعي في الاصح الا انا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفي يحتاج اليه كيلا يقع في نفي ولده او استلحاق غير ولده

وكلاهما حرام قال عليه السلام حين نزلت آية الملاعنة ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته

وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه ابو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه عليه السلام

من ادعى ابا في الاسلام غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعل القصيرة مدة النفاس

لانها اثر الولادة ولكن احكام الولادة ثابتة فيها من عدم الصلوة والصوم والقربان فكانها فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة اصلا

لانها للتأمل والناس مختلفون فيه والاحوال ايضا مختلف في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل

احسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله او امن على دعاء المهنئ او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وقد قيل

ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين لانه لا يثبت العلم قبل ذلك . قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني يثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لاقراره بهما ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا

اعتبار معنى ذلك الوقت وما قبله بجواز النفي لم يخرج من التعيين فيما فيه قوله لا معنى للتعيين اصلا قوله وان كان غائبا ما تقدم كان اذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرنا على الاصلين بعد قدومه عندها قدر مدة النفاس وعنده وقدر مدة قبول التهنئة وعن ابي يوسف ان قدم قبل ان يمضي مدة الفصال فله ان ينفيه الى اربعين يوما وان قدم بعدها فليس له ان ينفيه اصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن ابي يوسف رحمه الله اذا بلغه الخبر لتمام الحولين فليس له نفيه ويلاعن وقال محمد له نفيه بعد الحولين الى اربعين يوما من حين بلغه يلاعن وينفيه ويقطع نسبه قوله لانهما توأمان هما اللذان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر قوله وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وعلى هذا في اولاد ثلاثة اقر بالاول والثالث ونفى الثاني قوله والاقرار بالعفة وهو ما تضمنه الاعتراف بالاول سابق على القذف بنفي الثاني في حقيقة فصار كانه قال هي عفيفة ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني فذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته امر حكمي والحد لا يحتاط في اثباته فكان اعتبار الحقيقي هنا متعينا لا الحكمي هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ **فرع** لو نفاهما فمات احدهما او قتل قبل اللعان لزماه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا ينفك عنه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش وثبوت النفي تبعا له ان امكن ولا يلاعن عند ابي يوسف رحمه الله لان القذف اوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما اوجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورة ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ولداي لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه كالتصريح بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى احدهما وذلك نفي للتوأمين فليسا ولده من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان في امرأة جاءت بثلاثة اولاد فاقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه فلو نفى الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولدها اذا اقر به ونفاه ثم اقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل اقرار بالكل كمن قال يده او رجله مني ثم اعلم ان ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب والحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكوة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا تجوز شهادة احدهما للآخر ولا صرف زكوة ماله اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة اخرى لا يجوز للابن ان يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره وقع الاياس في ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من مائه لا ينافيه والله سبحانه اعلم ++

باب العنين وغيره لما ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق عقبها بذكر احكام تتعلق بمن به مرض ...

أجله الحاكم سنة فإن وصل إليها فبها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولأن الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن اذا حبس في اللغة وهي حظيرة الابل ومن عن اذا عرض لانه ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصد لاسترخائه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين العنينة ولا يقال بين العنة ولو كان يصل الى الثيب لا البكر لضعف الآلة او لا يصل الى النساء ويصل الى غيرها بسحر او كبر سن فهو عنين بالنسبة الى من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها وما في الهند واسع في يوم تيبطلت فيه مرارا وفي مجلس فيه العنين فان نقص ذكره واختبرت عليه انه لاعنة به والا علم انه عنين لو اخبر علم ذكره فلا يؤجل سنة لان التاجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا اذ لا فائدة فيه ان اجل مع ذلك لكن التاجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المبسوط الله قصيرة لا يمكن ادخالها داخل الفرج لاحق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب **قوله** اجله الحاكم سنة اي من وقت الخصومة ولا يعتبر تاجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعد ما اجله بني المولى على التاجيل الاول **قوله** هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود اما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق ثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين ان يؤجل سنة قال معمر وبلغني ان التاجيل من يوم يخاصم وهكذا اخرجه ابن ابي شيبة ثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليك الحديث ورواه ابن ابي شيبة بسنده ان عمر اجل العنين سنة من يوم رفع زاد في لفظ وقال ان اتاها والا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال ثنا اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امرأة اتته فاخبرته ان زوجها لا يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة واما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه ايضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن ابي شيبة عن المغيرة بن شعبة انه اجل العنين سنة واخرج ابن ابي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطا وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة **قوله** ولا بد من مدة معرفة لذلك اي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة او آفة اصلية في اصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك فانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة او برودة او رطوبة او يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل يوجد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو اردى الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه من احد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه او من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين متضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال **قوله** فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة اصلية وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة اصلية والسنة ضربت لتعرفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة اصلية في الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وايضا ما له حكم العنين المسحور وتتحقق بالسحر ما قد يمتد السنين وبمضي السنة يفرق بينهما اذ اطلبت مع العلم بعدم الآفة الاصلية لحصول العلم بانه يصل الى غيرها من النساء فالحق ان التفريق منوط بغلبة ظن عدم زواله لزمانه او للاصلية ومضي السنة مع عدم الوصول يوجب كذلك وهو عدم ايفاء حقها فقط باي طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وابلاء العذر شرعا لحكمة ان غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة [illegible] في ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت

فلابد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال
الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها
لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة ويجب العدة لما بينا

كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة غاية في ابلاء العذر وقال لبيد لابنتيه حين حضرته الوفاة شعر تمنى ابنتاي ان يعيش ابوهما * وهل انا
الا من ربيعة او مضر * فقوما وقولا بالذي قد علمتما * ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر * الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا
فقد اعتذر **قوله** ولابد من طلبها هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فان كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة وان كانت امة فالطلب عند ابي يوسف رحمه الله
لها وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل قيل محمد مع ابي يوسف وقد مرت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة
بتاخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التاجيل مهما اخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا للرضا بالمقام
على ذلك ابدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا ينتظر بلوغه لان للصبي اثرا في عدم الشهوة قال قاضي خان
الغلام الذي بلغ اربع عشرة سنة ذالم يصل الى امراته ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويؤجل سنة
لان الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة لانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضي
عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بالعنة وجبه او دخلها عليها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما
ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره
محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فانكره يريه رجلا فان امكن علمه به بالمس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك
الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امراة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين يثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث يثبت
نسبه ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه الا يرى
انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو ان للتفريق بناء على ثبوت
العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان بثبوت النسب منه ثبت انه ليس بعنين فيظهر
بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به متناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين
او المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى اذا بلغت واذا رضيت قبل التاجيل او بعده قبل انقضاء السنة او بعدها
سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل يخاف مائه ولم يكن لها طلب الفرقة **قوله** وتلك
الفرقة تطليقة بائنة وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي واحمد رضي الله عنه فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي
على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما
فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان الفرقة بسببه ايضا عندنا طلاق وقوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا
اي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لان النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان
في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه فرقة بعد التمام فلا يقبله كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية ابي حنيفة عن
عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة **قوله** ولها كمال المهر لخلوة الصحيحة لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز انها
تمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يكمل بترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت بعيبه

هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلة ثم إن حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج فإن حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل سنة وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت لأنه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطيه مرجو وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر خيرت لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وإن قلن هي ثيب حلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله ففي الأصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز أن تأمل برءه ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ في أكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب **قوله** هذا أي هذا الذي ذكرنا من أنها إذا طالبت بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما إذا اعترف الزوج بعدم الوصول إليها في هذا النكاح وإن تصادقا أنه وصل إليها في نكاح قبله ثم طلقها لأنه إذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ولم يصل إليها لها المطالبة بالفرقة فإن اختلفا في الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** وإن نكل أجل سنة سواء جعل النكول إقرارا أو بدلا لأنه كالمقر بعدم الوصول **قوله** وإن كانت بكرا يعني إذا أنكر وكانت بكرا وقت النكاح أو استمهلت بل تريه للنساء فإن قلن هي بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتعين كذبه وقوله فإن قلن يخرج على ما هو الأولى من أن تنظر امرأتين ثم جعلها جماعة الأولى للاحتياط الواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان أحوط وطريق معرفة أنها بكر أن يدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج فإن دخلت من غير فسخ فهي ثيب وإلا فبكر أو تكسر وتكعب في فرجها فإن دخل فثيب وإلا فبكر وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب وإن قلن ثيب ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله إليها لأن البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها فيكون القول قوله لو قالت زالت البكارة بإصبعه ونحوه فحلفت أنه وصل إليها فإن حلف تقرر النكاح وإن نكل أجل سنة ثم فرق إن لم يصل إليها ثم إذا أجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما إذا اختلفا قبل التأجيل إن كانت بكرا نظرن إليها فإن قلن بكر خيرت للحال بين الإقامة والفرقة وإن قلن ثيب حلف فإن نكل خيرت وإن حلف استقر النكاح وإن كانت ثيبا في الأصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له وإن حلف استقر النكاح ولو نكل أجل وخيرت بعده وفي موضع تخييرها يعتبر المجلس كتخيير الزوج فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعوان القاضي ولو مكرهة لزم النكاح لأنه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام فإذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها فإن أبى فرق بينهما كذا ذكره محمد في الأصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج إلى القضاء كخيار المخيرة **قوله** لأنه لا فائدة في التأجيل لأنه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لأن آلته قائمة والخصي من سلت خصيتاه أو وجي الموجي الذي رض خصيتاه قال في بعض أهل المعرفة إنه يحرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يجبان إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهره فلا يعود ويكون نشيطا كثير الجماع إلا أنه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين **قوله** وإذا أجل العنين سنة فقال الخ قد قدمنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله فعيده. **فرع** في المنتقى إذا كان يصل من يسأل الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فإن وصل إليها وإلا أجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء أعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وإن لم تكن عالمة بها فلها المطالبة بالفرقة **قوله** هو الصحيح صححه أيضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضي خان وظهير الدين من اعتبارها شمسية وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وما ضربت السنة إلا للتوصل إلى صلاح الطبع ودفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة فإذا أطلقوا السنة انصرف

ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

الى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل احد عشر يوما وعن الحلواني الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون كذا رايت في نسخة ورايت في اخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون وربع يوم الا جزءا من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة ايام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه وكذا قول الراوي عن عمر في المراة التي اتت اليه فاجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يريدا الا ما لا يعلمه هذا الا لتي تعرفه العرب واهل الشرع على ان الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي توارد عليه العرفان والله سبحانه اعلم **قوله** ويحتسب بايام الحيض اي يحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة **قوله** ولا يحتسب بمرضه ومرضها هكذا مطلقا وعن ابي يوسف اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه بالليل لا النهار وذلك نصفه وكذا النصف من كل شهر وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية ان مدة اكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج او غاب هو احتسب عليه لان العجز حصل بفعله ويمكنه ان يخرجها معه او يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا حجت هي او غابت لا تحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء الى السجن لم تحتسب عليه فان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم تحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا امهله شهري الكفارة ثم اجله فيتم تاجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التاجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد في المدة **قوله** واذا كان بالزوجة عيب الخ الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وابي زياد وابي قلابة وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري واتباعه وفي المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المراة ولها هي الخيار فيه بعيب من الثلاثة الجنون والجذام والبرص قال الشافعي لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الخيار اذا كانت رتقاء او قرناء ايضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها فيه في ثلاثة وهو قول مالك واحمد وقال الزهري وشريح وابو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن اذا اصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال اجذم ولا اجن ولا مجن وثلثة من اسماء المفعولين من افعل جاء على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من احزنه الله ومحبوب من احبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة المحب المكرم

ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب

والفعل من البرص برص فهو ابرص وابرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة غليظة او عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة اقيسة في بعضها اما النص فما روى انه عليه السلام رد للعيب قال للتي رأى بكشحها وضحا او بياضا الحقي باهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع انه ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس المعلول هو المباعدة والفرارة فانه جنس الفسخ قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد وجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن ابي هريرة قال عليه السلام لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب بجامع ان هذه عيوب يفسخ بها البيع فليفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا اما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحقي باهلك من كنايات الطلاق واما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه ومثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه واما القياس فتخلف فيه جزء المقتضي او شرطه فان المقتضي للفسخ العيب مع وقوعه في عقد معاوضة تجري المسامحة والمضائقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمهما حتى اجزنا وعلى عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة اصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شدق مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزل بالبيع لم ينعقد وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة منتفية وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز ان يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكراهة ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات الفروج الفاحشة والبخر الزائد فعلم ان مجرد ان يوجد ذلك فيه يبطل عليها المقصد للوجه الاخير بخلافه هو اذا وجدها كذلك لانه متمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق وبهذا وقع دفع قول الزهري ومن معه انتظم دفع اقيسة الشافعي ومن معه

قوله ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى ان لا يوجب الفسخ ونظر فيه بان النكاح موقت بحياتهما **قوله** وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من وجه على الكمال والمستحق التمكن اي التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا **قوله** لانهما يخلان بالمقصود فان قيل جعل في المسئلة قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعل المقصد المشروع له النكاح حتى يتخير في الفسخ بالجب وهذا تدافع اجيب بان الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصد الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح في الرضيعة والآيسة فلو كان المقصد لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استيجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير طلاق في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها

به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيها إذا كانت به لأنها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره ونظير ما قررناه لا حاجة إلى ذلك بل هو مطلق لا يختلف والله تعالى أعلم

باب العدة لما ترتب العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والإيلاء والخلع واللعان وأحكام العنين وهي في اللغة الإحصاء عددت الشيء عدة أحصيته إحصاء ويقال أيضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي أن يزاد أو شبهته ليجري عطفا على النكاح والتربص الانتظار أي انتظار انقضاء المدة بالتزوج فحقيقته ترك لزم شرعا التزوج والزينة في مدة معينة شرعا ولا شك أن سببها النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط فالإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ولم يجعل الزوال بالنكاح لشبهته ثم قالوا ركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي رحمه الله الكف منها وينبني على ذلك أن العدتين إذا وجبتا من رجلين يتداخلان وتنقضيان بمدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي أن يقال في تعريفها هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لأنها لزومات وإلا فالتربص فعلها والحرمات أحكام الله تعالى فلا تكون نفسه وعلى هذا ما قيل في حكمها إنه حرمة نكاح غيرها عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح لأن الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه بأختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك أنه يعني كونه هو أيضا في العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج إلى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة غير أن اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه ثم لزم مما ذكر أن لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة ونحوه **قوله** إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا وليس هو في بعض النسخ وقيل الطلاق في الخلع واللعان خطأ فالمرتقال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل وهو بناء على أنها فسخ والحق أنه خلاف ابتداء لما تقدم في باب الخلع من المنقول ذلك ولو قيل كون الفسخ موثرا في انتقاص العدة ولذا وجبت ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ فيه خلاف لابن عباس في عدة الملاعنة تسعة أشهر وقوله عدة ممن تحيض يعني ممن تحيض حيضا لم يبلغ الإياس لمكان تحيض حتى لو بلغت ذات الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الإياس فتعتد بالأشهر بخلاف ما لو لم تر شيئا أو رأت أقل من ثلاثة أيام فإنها تعتد بالأشهر **قوله** أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة وقولنا فعدتها ثلاثة أقراء مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها مدة في ثلاثة أقراء لأن الحرمات تتعلق في مدة الأقراء فكان الأصل أن ينتصب لأنه ظرف زمان معرب واقع خبرا من اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الإطلاق المجازي أعني إطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى أن سبب العدة مأخوذ فيه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا وإنما تركه المصنف لشهرة أن الطلاق قبل الدخول لا يوجبها وقد قال الله تعالى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها **قوله** والفرقة إذا كانت الخ لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول إلا الطلاق ألحقه بالجامع وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني بتبادر الكل

والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا

يعني علم بوجوب تربصها النكاح الى ان تحيض عقيب الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب بعد معرفة البراءة ينبغي ان تجب لغيره ايضا وهذا اقامة للحق فيما سلف ايضا انها تجب قضاء لحق النكاح واظهارا للاسف عليه وقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثاني كما في صورة الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يوسف عليها اذ لا الف ولا مودة فيه **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وزاد ابو داود والنسائي في سننهما معبدا الجهني وما ذكرناه انه قول العبادلة بناء على انه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل وممن رواه عنه الطحاوي وثبت عند بعض المخالفين من الحنابلة ما اسنده الطحاوي الى قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فتعارض ايضا وتم عن زيد ايضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسن بن حي والبصري وقال به شريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وابو عبيد واسحق واليه رجع احمد وقال محمد بن الحسن في موطئه حدثنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال الرجل احق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق منهم انما يصح اذا كانت الحيض لا الاطهار اذا كان طلاقها في الحيض فالطهر يستعقب فيلزم منه انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فليحفظ هذا من قولهم **قوله** اذ هو من الاضداد استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد منع بعض اهل المعقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين اما على طريقة اهل الادب فيجوز لغرض تمليح او تهكم كما تفاءل للجبان اسد او تفاؤل كالبصير على الاعمى الا انها مجمل بين افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها واما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى انه لم يعم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل وهو محل النزاع ولو استدل عليه بتضاد المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لا يقال استدلاله على انه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد اشتراك اللفظ لجواز التواطئ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت القضاء لانا نقول انما وافق من جعل تعميم المشترك لا يمتنع تعميما انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد وذلك لجواز ان يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضي ثلاثة اطهار وثلاث حيض فلا يمتنع اذ لا يتحقق في زمن احدها **قوله** فالحمل على الحيض اولى اوجه الترجيح في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي جمع على قروء وبمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء وهي لا دليل عليها وكونه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال ففي كل عام انت جاشم غزوة تشد لاقصاها عزيم عزائكا مورثة مالا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا اي من اطهارهن لاشتغاله بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه لكان الاستعمال وقوله صلى الله عليه وسلم دعي الصلوة ايام اقرائك لا يوجب تقييده رواه ابو داود والنسائي في قوله عليه السلام لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري فاذا اتاك قرؤك فلا تصلي فاذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي وقال الراجز يا رب ذي ضغن وضب

اولانه تعرف به براءة الرحم وهو المقصود ولقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا له

فارس قروء كقرء الحائض ... الحائض فان المعنى ان مراده تجمع فتجيج كعدم الحائض على انه قد قيل في بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان اي زمان الطهر فان قرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مرة فيراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء فتلك العدة التي امر الله ان يطلق بها النساء يعني بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بناء على ان اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق او مقارنتها له لاقتضائه وقوعه في وقت العدة وقراءة قبل عدتهن في صحيح مسلم تنفيه اذ افادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من لغتهم يقال في التاريخ باجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوي ان النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب ابن عمر ان الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا على ما بيناه عنه في خلاف ما نقلوه عنه ذكرنا وايضا تمسكهم بتانيث العدد في قوله تعالى ثلاثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود وما هو الا الطهر هو المذكر لا الحيض فلو اريد الحيض لقيل ثلث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تانيث حقيقي يؤنث عدده اذا اضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا اضيف الى المؤنث وفي العربية اذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا وبالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنث وهو الحيض فحين اضيف الى المذكر انث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده ثم ذكر المصنف في الترجيح ثلاثة اوجه الاول قوله علا بلفظ الجمع الى العدد فانه ينتظم جمع معنى لا صيغة اويريد الجمع الصيغة المقرون بالعدد وتنصيصا على المراد بكمية اعني لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه منقطع عنه احتمال ان يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي اللازمة من حمله على الاطهار حيث يعتبر طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر واللازم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال يحتسب بالطهر الذي وقع فيه وهو نقص على التقدير القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكمل ثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقته واقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته اصلا لا يقال قد اريد بالعدد غير كمية المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير واين هذا من ان يراد بسبعين مثلا ثمانون او مائة الثاني قوله ولانه اي الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد لم تحض عادة وكذا نص عليه السلام على ان مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم في كتاب الطلاق تخريجه واسند الشافعي عن سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى ابي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض فشهرين او شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على اشتراط مخالفة الحرة في باب الاعتداد بل في الكمية فيلحق قوله تعالى ثلاثة قروء الا لكن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر ... شك في ان الاعتداد بالاقراء اصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه وتعالى المصير اليها بعدم الحيض ...

[illegible]

فهو المراد بالاقراء في الآية وكونه يعدم الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال لتقابل الطهور اذ الظاهر تعليق المصير الى الطلعت بعدم معين ما شرع اصلا لا بعدم شيء آخر يستلزمه فكان الاصل ان يقال واللائي يئسن من القروء فلما لم يقل قال تعالى بلفظ الحيض مكانه هو مشترك علم انه لافادة انه هو فرع تنقضي مدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطئها وهي معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة او كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكرا بحيث لم تنقض العدة فليس لها ان تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل نكاح اختها **قوله** وان كانت لا تحيض لصغر بان لم تبلغ بالسن الحيض على الخلاف فيه واقله تسع على المختار او كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر ذكر ان بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا قد علمنا عدة التي تحيض فالتي لا تحيض فما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموا فانها ثلاثة اشهر وقيل ان ارتبتم في الدم الذي تراه من بلغت سن الاياس هو حيض او فساد فعدتهن ثلاثة اشهر ثم قال وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض لآخر الآية يعني قوله تعالى واللائي لم يحضن يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمسة عشر سنة على قولهما وسبعة عشر سنة على قول ابي حنيفة والتي لم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر ايضا ثم ان وقع الطلاق في اول الشهر اعتدت بالاشهر بالاهلة اتفاقا وان وقع في اثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فتنقضي بتسعين يوما عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان بالاهلة ولم اعلم ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر وكبر في الاعتداد بثلاثة اشهر واستدل على ذلك بقوله واللائي يئسن الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان آخرها اعني قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة اشهر للتي لم تحض لصغر كما انه هو المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كانت لم تطهر اصلا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة اشهر وهي مراهقة او لم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع او سبع والاول ارجح وعن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء ام لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا ان تحتسب بالاشهر التي وقفت ليظهر حملها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحمل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغاية الامر انها لم تدر به عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن او المراهقة في اثناء الاشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هنا وممن ذكر انه تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يلغز فيقال مطلقة شابة ترى الدم صحيحا في كل شهر وعدتها الاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها اول كل شهر وآخره فاذا قدرت بثلاثة اشهر انها ماضية ثلاثة حيض تتيقن بخلاف التي لم تحض فانها تتربص الى ايام [illegible] ... من الحيض في خمسة او ستة من الشهر [illegible] واعلم ان الاقتصار [illegible] بثلاثة اشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح [illegible] الشهر [illegible] فينبغي ان يعتبر ثلاثة اشهر [illegible] هذا الشهر والوجه ظاهر [illegible] في اللتي بلغت [illegible] المستحاضة [illegible] اكثر المشايخ [illegible] الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل [illegible]

وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام
طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولأن الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت
لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر
لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران وخمسة أيام لأن الرق منصف

وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بأن يجنبها [illegible] حتى تنقضي مدة العدة مع أن العدة مجرد مضي المدة فتقبل
في حقها [illegible] أي توجيه خطاب الشرع عليها والمختار أن القائل بالأول قوله يبتنى على [illegible] المحرمات أو الحرمة بالواجب فإن قلت على
التقديرين كونها معنى العدة ليس إلا أن فيها تجب أن لا تتزوج فلا بد أن يتعلق خطاب نهي التزوج بالولي فجعلها العدة كما قال شمس الأئمة لا يستقيم
باختيار قول الأول يخاطب الولي بأن لا يزوجها كالجواب الملزم فإذا قلت الانقضاء العدة فالثابت فيها عدم صحة التزويج لا خطاب أهلية
وضع القياس عدم الصحة [illegible] قوله وإن كانت حاملا يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وإن كانت عدة الطلاق فيتناول كل
الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول بها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد
وعند أبي يوسف بالحيض في رواية وعنه بالشهرين في مسئلة الصغير وفي المنتقى إذا خرج من الولد نصفه [illegible] الرجلين [illegible] الرجلين [illegible]
قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة [illegible] وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى
عنها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور قوله وإن كانت أمة أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان
وعدتها حيضتان ولأن الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزى فكملت وشبهة الزيادة ضرورة التكميل أوجب
لأن فيه تحقيق الواجب مع عدم [illegible] وقوله أشار إليه عمر [illegible] بقوله لو استطعت [illegible] عبد الرزاق [illegible]
عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول أخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب يقول لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا
فقال رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو
بن دينار فجعلا في سند عبد الرزاق ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات أي قوله لأنه كان يتكلم في ذوات الأقراء فالعدة بالأشهر
لا تكون إلا للتي [illegible] منها فيشترك الرجل في غير محل الحكم المذكور وإذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه
والمدبرة والمكاتبة وأم الولد في الطلاق والفسخ كالأمة قوله وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام سواء كانت مدخولا بها
أو لا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها حر أو عبد حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حملها [illegible]
عدتها حولية عام [illegible] الأربعة الأشهر والعشرة الأيام بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا الآية [illegible]
الأشهر أعني ما كان من وجوب الإيصاء والإنفاق على الحول [illegible] أربعة أشهر وعشر ليال [illegible] في اليوم العاشر [illegible]
من تذكير العدد [illegible] في الكتاب والسنة وهو قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث
إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا [illegible] يجب كون المعدود الليالي وإلا [illegible] من [illegible]
الأيام على ما عرف في التاريخ حيث يكتب بالليالي [illegible] كون مدة الأيام كذلك [illegible]
أيام على [illegible]
[illegible]
[illegible]

وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع

على الكتابية تحت المسلم بوجه * **قوله** وإن كانت أي المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حملها حرة أو أمة كالمطلقة والمتاركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة إذا كانت حاملا كذلك لإطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وكان علي رضي الله عنه يقول لا بد من الوضع والأربعة أشهر وعشر وهو قول ابن عباس لأن هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا يوجبها عليها فيجمع احتياطا وفي موطأ مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال أبو سلمة إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس آخر الأجلين فقال أبو هريرة أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فأرسلوا كريبا مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فأخبرهم أنها قالت ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت وفي الترمذي أنها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما وما أخرج البخاري عن ابن مسعود قال أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة من شاء باهلته لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء وبالطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا فقالوا بهلة الله على الظالم منا وقيل هي مشروعة في زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الأربعة أشهر وعشرا وأخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل في مسند أبيه عن أبي بن كعب قلت للنبي صلى الله عليه وسلم وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك وقول عمر رواه في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التي يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال إذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الأنصار أن عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد لحلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين من حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم أنه دخل على سبيعة بنت الحارث الأسلمية فسألها عن حديثها فأخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر بن لؤي وكان ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لي ما لي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر قالت فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزوج إن بدا لي ولما كان لا اعتداد بالوضع لا تنقضي العدة إلا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفي بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أفتاني بأني قد حللت حين وضعت يدل على قول من قال لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كأنهم أخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحي من شئت رتب الإحلال على التعلي فيفيد أي توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الأشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت * **قوله** وإذا ورثت المطلقة في المرض تتعلق بالمطلقة أي ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهي في العدة فعدتها أبعد الأجلين أي اللازم من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تحض فيها ثلاث حيض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تحيض وإن كانت سنين ما لم تدخل الإياس

لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفات اذا زال النكاح في الوفات الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر ولو اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة او الموت

تعتد بالاشهر اذا عرفت هذا فمن نسي ابعد الاجلين بانها تعتد باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر اذ لا يصدق الا اذا كانت الاربعة اشهر وعشر ابعد من الثلث حيض وحقيقة الحال انه لابد ان تعتبر ابعد الاجلين وهذا الحكم ثابت في صور احدها هذه والثانية اذا قال لزوجتيه او زوجاته احداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بابعد الاجلين ولو بين في احد بما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة ام الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر ايهما مات اولا وعلم ان بينهما شهرين وخمسة ايام فصاعدا وستفصلها ان شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة او ثلثا اما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه او في صحته بعد ما خلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفات وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق **قوله** ولابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلث حيض حكما وانما يلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت وليس فليس وانما بقي في حق الارث لاجماع الصحابة به رد القصد وليس هذا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعي لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فيجب عدة الوفاة فيه **قوله** فيجمع بينهما اي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه انقطع بالطلاق حقيقة وبالموت حكما اما الاول ففرض المسئلة انه ابانها قبل الموت وباعتباره تجب عدة الطلاق واما الثاني فلاعتبار قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فيجمع عدة الوفاة لكن تقييح قول ابي يوسف ان اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم ان يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث لا تثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي النكاح شرعا في حق الارث فلان يبقى في حق العدة اولى مع ان الاصل ان الشيء انما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المص احتياطا **قوله** ولو قتل على ردته الخ جواب عن مقيس عليه مقدر لابي يوسف وهو انه لو ارتد زوج المسلمة فمات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا زواله بالطلاق بالموت فلا تجب عدة الموت فاجاب بمنع حكم الاصل اولا فقال لا نسلم انه لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها اليه اشار الكرخي وما ذكرت مذهبك فهو على الخلاف فيلزمها الجمع بين المدتين والحيض فلا يصح به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقي فالفرق ان توريثها وهو الحكم الثابت يفيد انه لم يعتبر النكاح شرعا قائما الى الموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا ترث المسلمة الكافر فلزم العلم باعتبار اسناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبار الردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان غير انه زال به الاسلام وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة **قوله** واذا اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلث حيض لقيام النكاح من كل وجه اي بعد الطلاق الرجعي فلما اعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلث حيض كذا في الكافي ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى ان الطلاق لم يحدث في ملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم الا ان يجعل لبقاء الحكم حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكنها خلافية وبقولنا قال الشافعي رح في الاظهر واحمد واسحاق والحسن والشعبي والضحاك وقال مالك وابو ثور لا يكمل عدتها في الرجعي والبائن وعن الزهري وعطاء وقتادة تكمل فيهما

وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها

اعتبار بقائه كابتدائه ووجه قول مالك ان بمجرد الطلاق لم يثبت عدة الاماء وشرطها وهو ورود الطلاق على امة عقيب نكاح متأكد فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب العدة عند الطلاق فقط لا يفيد كمية خاصة اذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفا وتأسفا وتقدير الكمية لحكمة اخرى سنذكرها عدة النكاح الفاسد ولو سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهي اربعة صورتها امة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت في اثنائها انتقلت الى حيضتين فلو اعتقت قبل مضيهما صارت ثلث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى اربعة اشهر وعشر **قوله** وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور يمكن كون كان تامة يعني اذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور **قوله** ثم رأت الدم بعد انقضاء الاشهر او في خلالها انتقض ما مضى من عدتها وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انقضت عدتها وفسد نكاحها صرح به ويندرج في اطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذي ذكره في الكتاب بقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وعلله بان شرط الخلفية اي لخلفية الاعتداد بالاشهر عنه بالحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالقدرة في حق الشيخ الفاني فاذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا ان هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وليس هو بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه ح ظاهر في انه ذلك المعتاد وعوده يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بان تراه سائلا كثيرا احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيد ايضا بان يكون احمر او اسود فلو اصفر او اخضر او تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتعرض فيه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها اذا كانت عادتها قبل الاياس صفرة فرأته كذلك او علقا فرأته كذلك كان حيضا فظهر عدم انقضاء العدة بالاشهر ثم اطلق المص انتقاض العدة والاستيناف فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بمدة اولا وذكر في المحيط ان في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه ان تبلغ من السن ما لا تحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك وما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين ح به قال الصفار وقال ابو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم لتقدير ستين سنة ولو كانت عادة امها واخواتها انقطاعه قبل ستين تاخذ بعادتهن وبعد ستين لا تاخذ بعادتهن ح قال ان انقطع فلذا رأت الدم بعد ذلك وما لا يكون حيضا كالدم التي تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها وهذه العبارة تفيد انه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا العبارة القائلة اذا بلغت المقدر يعني وانقطع حيضها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما تقتضي ان عند بلوغ المقدر مع عدم الانقطاع يحكم به شرعا وقيل كونه حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين واذا لم تر الدم بالاجتهاد والحيض بالنص فاذا رأته فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد ويبطل كذا نقل بعضهم فهو يفيد كون الخلاف انما هو على رواية التقدير واما على رواية

يبطل بالاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالعجز عن الصوم في الشيخ الفاني

عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير ولو اعتدت بالاشهر
ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين وفي بعض العبارات ما يفيد ان عدم الانتقاض اذا حكم القاضي بالاياس وقيل لا ينتقض
بعد حكمه وفي الخلاصة نقل من نوادر الصلوة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل انها
محمولة على ما اذا لم يحكم باياسها اما اذا انقطع وحكم باياسها وهي ابنة سبعين سنة ونحوه فرأت لا يكون حيضا وقال بعده بخطوط وطريق
القضاء ان يدعي احد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان
الصدر الشهيد يفتي بانها لو رأت بعد ذلك ما يكون حيضا وينبغي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاشهر وان كانت
رأته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة وفي قضى القاضي بجواز ذلك او لم يقض ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيا على ما قلنا فقال في
مجموع النوازل الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح
ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل تعتد بالحيض انتهى فتحصل
في المسئلة اقوال على التقدير وعدمه وهي ينتقض اذا رأته قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قدر اقل مدة الاياس
او لا حكم بالاياس اولا وهو ظاهر مختار المص من التصوير والتعليل لا ينتقض مطلقا ينتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها
فلا يبطل فلا ينتقض الانكحة وفي قضى بالاياس اولا وهو قول الشهيد ينتقض ان لم يكن قضى اياسها كما قلنا لا ينتقض ان كان حكم باياسها وهو
ان يدعي فساد النكاح فيقضي بصحته وبانقضاء العدة وينتقض ان لم يكن حكم بالاياس والقول المصحح في النوازل انتقض في المستقبل
فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة من الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المص هو الصحيح احتراز من كل قول يخالف
اطلاق الانتقاض مطلقا كان او مفصلا مبني اختياره على اشتراط تحقق الاياس لخلفية الاشهر بالنص وان تحقق الياس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات ولا شك
في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا علم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ الياس اذ يقتضي ذلك ولا شك
ان الياس من مقولة الادراك فانه ليس الاعتقاد ان الشيء لا يقع ابدا اما انه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود
خلاف متعلقه فلا وكذا قد يتحقق الياس من الشيء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت آيسة من كذا ثم وجدته فانما يستدعي
سببا له وكونه بان ينعدم الحيض ويمتد ويبقى محال وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا اذا رأته بعد الاياس
لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر من اعتداد بالاشهر لوقوعه معتبر الوجود بشرطه ويبقى النظر بعد ذلك في انه هل ينتقض فيما
يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صحح في مجموع النوازل او لا ينتقض فيما يستقبل ايضا كقول الصفار وغيره وهو مبني على
النظر فيما ترجح في هذا المرئي بعد الاياس هو حيض ام دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه اذ القضاء لا يرفع وجود ما سيأتي
في المستقبل والوجه يقتضي الخلاف في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع في
سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون وعدم مخائل كونه استداما للطهر ولا يجري في المستقبل الا الحيض لتحقق
الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الياس تحقق حكمه

ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف وإذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض

وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه اعلم واما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الاياس اذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص يقال على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الاياس فقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الاياس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص **قوله** ولو حاضت حيضتين ثم ايست بان بلغت سن الاياس عند الحيضتين وانقطع او انقطع عندها في سن لم تحض فيه امهاتها واخواتها على ما ذكر الفقيه وقوله تحرزا من الجمع بين البدل والمبدل هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستانف العدة بالشهور واورد عليه ان المتوضي اذا سبقه الحدث في الصلوة ولا ماء يتيمم ويبني وكذا لو صلى اول صلوته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء وهما بدلان اجيب بالمنع فليس الصلوة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد وليست هنا كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الايماء خلف على الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن يسقط عن بعض ما لا يقدر عليه لعذر ويبقى البعض على حاله وبعض الشئ لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخليفة بشئ آخر **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امراة الغير ولا علم للزوج الثاني بانها متزوجة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطيها لانه زنى واذا زنى بامراة حل لزوجها وطيها وبه يفتى كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند ابي حنيفة رح خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتي زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى الاشتباه **قوله** عدتها الحيض في الفرقة الكائنة بتفريق القاضي او عزم الواطي على ترك وطيها والموت اي موت الواطي وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح والعدة في حقها للتعريف لا لاظهار خطر النكاح باظهار التاسف على زواله غير ان الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب ان يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح ولذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء وانما وجبت في النكاح الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه او خروج الدم استحاضة فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به او استحاضة عندنا وغايته الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا كرر في الاشهر فانه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض او الاستحاضة مع الحمل لنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له الا يرى انه يجب باستحداث الملك في المراة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد **قوله** وإذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض فان لم تحض فثلاثة اشهر يعني اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدة فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الاول وفي الثاني والثالث لا تجب عليها عدة المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى ايهما اول فاما ان يعلم ان بين موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام كائنا ما كان ذلك من يوم الى شهرين واربعة ايام او يعلم انه شهران وخمسة ايام فصاعدا او لا يعلم كم بينهما ففي الاول تعتد باربعة اشهر وعشرة لانه ان كان موت المولى اولا فلا عدة منه لانها ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لاربعة اشهر وعشر وان كان موت الزوج اولا لزمها شهران وخمسة ايام ثم

وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح

موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا التغير لانها تختص بعدة الرجعي فتيقنا بعدم وجوب
العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها اربعة اشهر وعشرا او شهرين وخمسة ايام فوجب الاحتياط فلزمها اربعة اشهر وعشر
وفي الثاني تجب ان تعتد بابعد الاجلين يعني تجمع بين اربعة اشهر وعشر وثلث حيض لان السيد ان كان مات اولا ثم مات الزوج
فعليها اربعة اشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات اولا فعدتها شهران وخمسة ايام ثم موت السيد بعدها يوجب عليها عدة ثلث
حيض لانها بعد انقضاء عدة الزوج ففي تقدير عدتها اربعة اشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة ايام وثلث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بان تعتد
باكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر
فقط لاحتمال ان الزوج هو المتاخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون
بعد ظهور السبب لانه العمل باقوى الدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام **قوله وقال الشافعي حيضة واحدة** وهو قول مالك واحمد
وقولهم قول ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي واسحق انها تعتد باربعة
اشهر وعشر وقولنا قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعطاء والنخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على ام الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم
تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الا القياس الجلي وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة
قياسية ولا شك انه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من امرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على الاول بجامع انه تربص
يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلث حيض كالتربص في الطلاق وهذا
ارجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب
الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعدية حكم الاصل
وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لا لانه مقتضاه فان اثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في
تعدية حكم الاصل لا في غيره نفيا ولا اثباتا ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد
على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت
بين كل قياسين اذا لم يكن موجب احدهما بعض موجب الآخر حتى يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض
لغير حكم الاصل نفيا ولا اثباتا فاذا كان في الفرع جامعان يلزم احدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اقتضاء
احدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا ان يجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي ح مقتضاه وفيه كلام في
الاصول منهم من اختاره وشرط كون العلة امرا عدميا فهم متفقون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيئا وما وقع في الفقه مما ظاهره التعليل به كقول
محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اقتضى
منوطا به الخمس الا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس اي يبقى على عدمه الاصلي لانه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب
احدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين تيقنا فرادى على اثبات ذلك البعض وتفرد احدهما باثبات امر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر

ثم اما منافيه عمر رض فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رح لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه

قوله واما منافيه عمر بن الخطاب رض روى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ان عمر بن العاص امر ام الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر رض فكتب بحسن رأيه فاما انه قال في الوفاة كذلك والله اعلم وليس يلزم من القول بثلث حيض في العتق من شخص **قوله** بحسن الوفاة الاترى الى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة ام الولد المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذ كان قبيصة ثقة وقد اخرج ابن ابي شيبة عن الحارث عن علي وعبد الله قالا ثلث حيض اذا مات عنها يعني ام الولد واخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحارث ضعيف الا ان غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله والتحقيق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا **قوله** واذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل احتراز عما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرفة ذلك ان تضع لاقل من ستة اشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند ابي حنيفة ومحمد رح فان وضعته لستة اشهر من موته فاكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تعتد العدة بالوضع عندهما بل باربعة اشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين او سنتين كوامل ليس الا الاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى تاخير الحكم بالحدوث الى سنتين **قوله** وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر وهذه رواية عن ابي يوسف اذ لم يحك في الظاهر خلاف ولم يذكر محمد في الجامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام فهذا يعني لا تعتد بالوضع اصل استحسان من علمائنا يدل عليه فانها رواية عنه ولذا قال شمس الائمة عن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي انتهى فاذا قال ابو يوسف في المطلقة جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منتفي النسب محكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانها رواية شاذة وهو قول مالك واحمد وهي رواية عن ابي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق اما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه الا اذا لم يمكن بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فاتت بولد غير سقط لاقل من ستة اشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحالة ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعنده لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند ابي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصح لكن يجب من الوطي فيه العدة فانه بشبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع او بالاشهر وحاصل تمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير بجامع انتفاء النسب فلا يعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين كونه منه او من غيره ولانها اي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت مقدرة بوضع الحمل في اولات الاحمال لا لتعرف فراغ الرحم لشرعها اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى وهو قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه كما يتحقق في الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه منه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا للخطرة متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل عدمه ووليه

بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء

الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكروه من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد احدهما وقد يجتمعان ثم الاولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقا للقضاء فانه اذا ثبت الا امر لازم ثبت لكل خصوصياته فثبت كونها بوضع الحمل للنفي ايضا واعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد في المسئلة التي تجمعهما قول ابي يوسف اعني المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من سنة اشهر الى الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى اقرب زمانه **قوله** بخلاف الحمل الحادث شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من ان تثبت العدة اذ ذاك والفرض ان لا حمل ثم ليثبت بالوضع وعدمه فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع او بالاشهر من ضروريات العقد بعد العلم بما ذكرنا فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا تتوقف فانها تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال حالة الفرقة **قوله** ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها حبل بعد موته بان جاءت به لاقل من سنتين من حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر واجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك مستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقعي الا ان يتحقق خلافه فوجب كونه حملا عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد حولين حتى تيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التامل لا معنى للايراد والجواب عنه بما ذكرنا اصلا **قوله** ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي في الحادث بعد الموت وغيره لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه اي مقام العلوق في موضع التصور لان الشيء انما يقدر تقديرا اذا امكن تصوره تحقيقا **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه سمي الاسم في ثلاثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة من اجنبي او من الزوج ووافق الشافعي في احد قوليه فيما اذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة تتحقق بصورتها التي زفت الى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل زوج آخر او في العدة اذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة او كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة او في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعي واحمد وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة بالطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب في الوطء وان قال ظننت انها تحل لي واذا لا يثبت النسب لا يجب به العدة سياتي دفعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرئي منهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان تمامها ويحتسب بها من عدة الثاني وللآخر ان يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لانها في عدة ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها اذا شاء ثم لم يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له ان يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه كذا اذا كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبني

ولكان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعي كف النفس عن الحرمات في مدة معينة فاذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات الا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات في الشئ الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد باسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهارا للصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستانف الكلام ونقول لا شك انه يثبت عند تمام سبب العدة امور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص في تلك المدة ايضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع ان هذا الوجوب لا بد ان يثبت لازما للحرمة بادنى تامل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل المكلف والتربص والمكان الانتظار فهو من افعال النفس فان اردنا تعيينه لم تر انسب من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشئ لا يخرج عن كونه كف النفس عنه او حبسا ومن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد من التحقيق وح يكون حاصل تربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب كف عنها كما جعلوا وذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم ان لزوم الكف لا يتعلق بالمراة الا عند علمها بالنسب اذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم وبحكم هذه المقدمة وهي ان الحكم انما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب المقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم انها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته اصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في اصل الوجوب على ما عرف او علمته ثم لم تكف اي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى ان تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على ان معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه فلا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة في الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذوات الاقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات ذلك المحرمات فلا شك ان العدة تطلق على كل من تلك الامور اما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه واما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكره ايضا واما على نفس الحرمات فغير معهود انما ادعوا انها الركن لكن الشان في بيان ان مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة اشهر انه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا انه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام سبب الكلام الا انه ليس فيه واما قوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب اجله فاذا بلغن اجلهن فالاجل ما كان من المدة للتاخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها فلا دليل فيها ايضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص واما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي ان المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم حقيقة الا ظاهرا وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني فتلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل

والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطيات لان الوطء هو السبب

ونحن نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف او الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على انها المدة حقيقة وذلك لان العدة قد تعلقت فيها حرمات يجب لها الكف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لان تداخلها واللازم متحرج وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاز لازما لتداخل العدة او كان عين تداخلها هذا والله اعلم اقتصر المصنف على كون ملتزمه ما هو المدفع على هذا التقدير ان الكف الواجب لم يجب بحقيقته على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب كونه وجب ايجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على ان البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا او لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع انه لم تتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم انه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضية ان يصير عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع نزوع النفس لذلك احتسابا لله وقصد الطاعة وقع ذلك عبادة لله تعالى لانه يجب ايقاعه كذلك لما ذكرنا **قوله** والمعتدة عن الوفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها فلو لم تر فيها دما يجب ان تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدموا ان سببها النكاح والطلاق شرط وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى ان يقال لان عدة الطلاق والموت يتم السبب فيعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة **قوله** ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين او يتواضعا عليه ليتزوج اختها او اربعا سواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي ان تتحرى به محال التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ما ذكر محمد يعني من ان ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد قال محمد وعلى هذا اذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق ويعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي ان لا يحل له التزوج باختها واربع سواها وقد عرفت ان تقييده بالاقرار يفيد ان الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغي ان تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وان سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء انما اذا صدقته اما اذا اكذبته في الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا ادري والحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد ثم المراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله عن مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب وان كان غائبا فاتاها موته او طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة واذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته ولو جعل امر امرأته بيدها ان ضربها فضربها فطلقت نفسها فانكر الزوج الضرب فاقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء او من وقت الضرب ينبغي ان يكون من وقت الضرب ولو طلقها وانكر فاقيمت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء **قوله** او عزم الواطئ بان اخبر بانه ترك الوطء فان الاخبار امر ظاهر فيدار الحكم عليه اما آخر الوطيات لا تعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا بالقول لقوله تركتك وما يقوم

ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لاتثبت العدة مع جواز
وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره ولو قالت المعتدة قد انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها
مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة
مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى
انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي اثره
وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق
بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها

متاركة كتركتها وخليت سبيلها اما بعدم المجيء فلا اذ الغيبة لاتكون متاركة لانه لو عاد يعود ولو انكر نكاحها لاتكون متاركة **قوله** ولنا ان
كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل اي كل الوطيات الى حكم عقد واحد وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا اي
لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر كذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة و العزم لم تثبت كل الوطيات لجواز
غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطء اي وطء كان قبل التفريق ثلث حيض انقضت عدتها وحلت للازواج
فان تزوجت ظهر ان ذلك كان آخر الوطيات وان كان وطئها بعد ذلك عاد هذا التقدير فيقول ان تركها حتى حاضت ثلاثا الخ ولو حاضت
حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركك احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين اخريين وعندنا لايحتسب بها ولان التمكن
من الوطء على وجه الشبهة بسبب ذلك العقد اقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الوطء وهو حلها
للازواج والخفي لايعرف الحكم واذا اقيم مقام حقيقة الوطء لاتثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولاينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق
او بالمتاركة صريحا فلا تثبت العدة الا عندهما واختار ابو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشائخ
وهو الوجه انها لو تزوجت عالمة بانها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى الا ان اشتراط كونها بعد الترك في القضاء
فالقول قولها مع اليمين لا بد ان يكون محل هذا اما اذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران
عنده وتسعة وثلثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمله المدة لايقبل قولها اصلا **قوله** كالمودع اذا ادعى رد الوديعة او الهلاك وانكر المودع فالقول
قول مدعي الرد مع ان عليه اليمين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج اخبرتني ان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لاتنقضي في
مثلها لايقبل قوله ولا قولها الا ان تبين ما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله ان يتزوج باختها لانه
امر ديني يقبل قوله فيه **قوله** واذا طلق الرجل امرأته الخ طلقها طلاقا بائنا دون الثلث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعدة مستقبلة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال زفر نصف المهر او المتعة ان لم يكن سمى فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكملة العدة الاولى وقال محمد لها نصفه او المتعة وعليها
تمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول
كذلك غير ان كمال العدة الاولى وجبت بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه **قوله** كما لو
اشترى ام ولده اي زوجته التي هي ام ولده اذا كانت امة فانه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر
غير ان هنا تجب عليها عدة اخرى لانها ام ولد اعتقت وتتداخل العدتان فيجب عليها الاعتداد الى ان تذهب عدة النكاح وهي حيضتان
من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولايجب عليها فيهما شيء من الحيضة الاخرى لانها عدة ام الولد اعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم
اشتراها ثم اعتقها ولها ولد منه او لا ولد لها منه فانه تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فاذا زال
بالعتق تظهر حتى تجب عليها تمام العدة الاولى لانه كان وجوبها بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعها
وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان تزوجها قبل ان تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه
النسب وفساد كبير **قوله** ولهما ان الوطء يعني فهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي اثره هذا القبض بقيام العدة اذ هي اثره فاذا جدد النكاح

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول اصح

والحال قيام قبضه فناب قبضه القائم مقام المستحدث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال حينئذ يجب بهذا ان يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن جعلنا الدخول في النكاح الاول دخولا في النكاح الثاني قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استيناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه في حق جميع الاحكام والا كان اقامته في حق ترك الاحتياط لان الاحتياط في انقطاع الرجعة الا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يستعقب الرجعة مع ان الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين اقامته مقامه في ثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو ان الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني اولاها وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا اولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما انه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة فيه ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول بل يكون فارا ام لا رابعها لو تزوجت بغير كفوء ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر وفرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها اتمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول بها سادسها تزوجها صغيرة ولم يدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول سابعها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها ثامنها تزوجها ثم دخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول تاسعها تزوج امة ودخل بها ثم اعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة طلقها قبل الدخول عاشرها تزوج امة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم اعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول قوله واذا طلق الذمي الذمية او مات عنها فلا عدة عليها فلو تزوجها مسلم او ذمي في فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم او مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده قوله وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ليس بقيد بل المعتبر ان تصير بحيث لا يمكن من العود اما بخروجها مسلمة او ذمية او مستأمنة ثم اسلمت او صارت ذمية لا عدة عليها فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا ومنه لا يطأها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها اي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة وعلى الذمية العدة اما الذمية فالخلاف فيها نظير الخلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح اي الاختلاف المشبه وهو غير المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح اهل الشرك اذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الخ اول المسائل من الاختلاف فيه واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة المسلمة في دار الاسلام لو وقعت بسبب آخر غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين ثم انا قيدنا بالمسلمة لتتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم تخص بها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك قوله بخلاف ما اذا هاجر الزوج مسلما او ذميا او مستأمنا ثم صار مسلما او ذميا وتركها فانه لا عدة عليها هناك اجماعا حتى جاز له ان يتزوج اختها واربعا سواها كما دخل دار الاسلام لعدم تبليغ الاحكام لها في دار الحرب لا لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح اهل الشرك انها حق الآدمي فيخاطب بها قوله وله قوله تعالى و

فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا

ولا جناح عليكم ان تنكحوهن بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلثة قروء في المطلقات فالحاق التباين بالطلاق قياسا فيفيده بما بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا يجب معها العدة عند الفرقة كما لا تجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطي ولا اشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح واما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان امكن الوطي مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة فان لم تجب كمال المهر وان اعترفا بعدم الدخول لاستحقاق الشرع والولد فلا يصدقان في حق ابطال غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر وان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة لغيرها لانها ترد الى ايامها وقتا فان نسيت عادتها فعدتها بثلثة اشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما ان يكون الطلاق او الموت في غرة الشهر او في اثنائه ففي الاول يعتبر ثلثة اشهر في الطلاق واربعة في الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال ابو حنيفة تعتبر الايام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن ابي يوسف رحمه الله روايتان

كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله

فصل لما ذكر نفس العدة وكيفية وجوبها اخذ يذكر ما تجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من اصل وجوبها **قوله** وعلى المبتوتة يعني ويجب بسبب التزوج على المبتوتة وصلة المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير التزوج من الاقارب وانه مباح قال محمد رحمه الله في النوادر لا يحل الاحداد لمن مات ابوها او اخوها او امها او اخوها انما هو في الزوج خاصة قيل اراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو ارادت ان تحد على قرابة ثلاثة ايام ولها زوج له ان يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له ان يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه **قوله** فلقوله عليه السلام الخ في الصحيحين من حديث زينب بنت ابي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحت بذراعيها وقالت انما اصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد فوق ثلث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا الحديث بطوله وقد روي بلفظ آخر وقع فيه مفسرا لما توفي ابوها ابو سفيان وفي لفظ البخاري فيه فوق ثلثة ايام ولا يخفى انه لا دليل فيه على ايجاب الاحداد لان حاصله استثناء من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه وما قيل من ان نفي حل الاحداد اثبات له واستثناؤه استثناء من نفيه فهو اثباته فيصير حاصله الاحداد على الزوج فاثبته تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الانبات يفيد ما عرف من ان نفي حل الاحداد ايجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون ايجابا لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فليزم اذ يمنع كون نفي حل الشيء الحسي نفيا له عن الوجوب لغة وشرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن الحل وسلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب وايضا استثناء الاحداد من ايجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد وهذا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالاول غلط لما قال خطيب الدين رحمه الله ومما هو ابتلينا بنفوا ذهب الشعبي والحسن البصري الى انه لا يجب ولكن يحل وبما علمه ماخذه

وقال الشافعى رح لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تاسف بفوته ولنا ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها

ابو داؤد فى مراسيله عن عمرو بن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمراة ان تحد على زوجها حتى تنقضى عدتها وعلى من سواه ثلثة ايام والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفصة فى صحيح مسلم انه عليه السلام قال لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمصر محكوما بارادة الاخبار بوجوده فعلا منه بطريق الحل لظهور ارادته فى حديث آخر ولم تخف ان الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة الى المكلف لا بالنسبة الى ثبوته شرعا مثلا اذا قال الحداد تفعله المراة افادها الوجوب لا اذا قال الحداد ثابت شرعا فانه اعم ومن الادلة فيه حديث ام عطية فى الصحيحين انه عليه السلام قال لا تحد امراة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوج اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط او اظفار فصرح بالنهى فى تفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون القطعة والشىء اليسير والقسط والاظفار نوعان من التبخير رخص فيه فى الغسل من الحيض فى تطييب المحل وازالة كراهته وحديث ام سلمة فى الصحيحين ايضا قالت جاءت امراة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها بضم الحاء فقال عليه السلام لا مرتين او ثلثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هى اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على راس الحول قالت زينب كانت المراة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار او شاة او طائر فتفتض به فقلما تفتض بشىء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب او غيره والحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل اى تكسر ما هى فيه من العدة بطائر ونحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض بالغسل ليصير كالفضة بعمومه والاول احسن **قوله** وقال الشافعى لا حداد عليها اى على المبتوتة لانها لاظهار التاسف وهو فى الموت للصبر على صحبتها الى الموت بخلاف ابتدائه بطلاقها ثلثا فانه موحشها وظلمه لانها غير راغبة فيه لمكان سوالها قلنا فى محل النزاع نعرف هو ما روى انه عليه السلام انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجى حديثا واحدا وعزاه للنسائى هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء قال الحناء طيب والله اعلم به ويجوز كونه فى بعض كتبه واما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث ابى داؤد عن ام حكيم بنت اسيد عن امها عن مولاة لها عن ام سلمة قالت قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا فى عدتى من وفاة ابى سلمة لا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فباى شىء امتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به راسك فما الطعن فى اسناده لا يفيد المقصود فان هذه معتدة فى وفات ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعى مناسب معتبر فى محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل فى المحل ايضا باظهار التاسف على فوات نعمة النكاح التى هى من اسباب النجاة فى المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهى ممنوعة عن النكاح شرعا بسبب هذه العدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يفضى الى حرام الواجب وقد ذكر المص هذا المعنى ايضا عند قوله وفيه وجهان الخ لكن ظاهر ما ذكره يعطى انه علة اخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ما قلنا بخلاف ما هو داعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد فى محل ثبت معه

والإحداد ويقال الحداد وهما لغتان أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر وفي الجامع الصغير إلا من وجع والمعنى فيه وجهان أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم وقد صح أن النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال إلا من عذر لأن فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لأن الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لأنه يفوح منه رائحة الطيب

ذلك الحكم فمعنى المبتوتة أن فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من إظهار التأسف مطلقا ليس علة لأنه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الإحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم أن يكون وجوبه تبعا للعدة بالنص أو معلولا بالآخر فقط لكن منع بأن المراد بقوله تعالى لكيلا تأسوا الآية الأسى مع الصياح المفضي مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا **قوله** والإحداد ويقال الحداد فمن الأول يقال حدت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب أيضا حدادا فهي حادة ومن الثاني يقال أحدت تحد إحدادا فهي محدة **قوله** أن تترك الطيب ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه **قوله** وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم تقدم **قوله** والدهن لا يعرى من نوع طيب المصنف ذا تناول في الدهن به لما فيه من طيب نفسه وزينته وقد وقع للزيلعي مخرج الأحاديث هنا وهم وذلك أنه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال من المصنف أنه عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منع الاكتحال ثم قال وأما الدهن فغريب فهو سهو فإن الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فالحقه الحاقا

قوله قال إلا من عذر لأن فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الأئمة وذهبت الظاهرية إلى أنها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا مؤكدا عن الكحل للتي اشتكت عينها والجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها ولذا قال المصنف فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها وذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه إلا من أمر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي أبو سلمة وقد جعلت علي صبرا فقال لي ما هذا يا أم سلمة فقالت إنما هي صبر يا رسول الله قال إنه يشب الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب الحديث رواه أحمد وغيره لكن أمها مجهولة مطلقا وتمتشط بأسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط وأطلقه الأئمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل مع الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لإخراج الهوام إلى الضيقة نعم كلما أرادت به معنى الزينة لم يحل وأجمعوا على منع الأدهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي إلا لضرورة لحصول الزينة به وأجازه الإمامان والظاهرية **قوله** لعذر كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الأسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ يفيده وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق إلا المعصب فيشمل منع الأسود **قوله** لأنه يفوح إلخ يفيد أنه إذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال إلا إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ فإنه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها

قال ولا حداد على كافرة لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لأن الخطاب موضوع عنها وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد لأنهما ما فاتتهما نعمة النكاح لتظهرا التأسف والإباحة أصل ولا ينبغي أن تخطب المعتدة

زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل هذا لفظ أبي داود والمشق المغرة ولا تلبس العصب عندنا وأجازه الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره ففي الصحاح العصب ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك وفي المغني الصحيح أنه نبت يصبغ به الثياب وفرق في الحديث بأنها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة وجعله الظاهرية كالأحمر والأخضر **قوله ولا حداد على كافرة** لا حداد عندنا على الكافرة ولا الصغيرة ولا المجنونة خلافا للشافعي ومالك رضي الله عنهما لأنه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولهذا اشترط الإيمان فيه حيث قال عليه السلام لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كما تعم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن المحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة على ما حققناه والعدة اللازمة لهن الكل من المفهومين الأخيرين على معنى أن عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالأسباب بخلاف منعها من اللبس والطيب فإن فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة بالعدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فإن في العدة بهذا المعنى جهتان **قوله وعلى الأمة الحداد** يعني إذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لأنها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى وليس في الإحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فإنه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كيلا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع بإذنه لغناه قال تعالى إلا ما اضطررتم إليه فإن قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة فالجواب أنها لم تفت لقيام الحل والكفاية غاية الأمر أنه ثبت على وجه أحط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا أثر لهذا القدر من الأحطية فإن نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل اعتبار فوات ما هو أساس سبب لصونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد ولهذا التقدير يندفع إشكال أنه لا يجوب الأولى وهو هذا الحل من الأعلى ما تقتضيه منه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة إلا أنه لم يظهر لكونها ما زالا حتى لو اعتقها ظهر فإنه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها أنه وجوب لا فائدة فيه لأنه لها الزينة والطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة **قوله وليس في عدة أم الولد** أي عن وفاة سيدها أو إعتاقه إياها وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا لأنهن ما فاتتهن نعمة النكاح والأصل الإباحة أي إباحة الزينة وهذا لأن بالعتاق يزول الرق الذي هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الأسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة كان يجب عليه فوات ما هو معصية فتقدم لم

ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنهما التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه

للاحداد علة اخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منها يستقل بذه موجودة هنا فينبغي ان تجب الحداد واجيب بان كونها ممنوعة عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علية بل علية فوات نعمة النكاح وبوجوده وعدمه وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعف بحيث في النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسئلة الاستبراء **قوله** ولا بأس بالتعريض في الخطبة اراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولا قضائه الى عداوة المطلق والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شئ لم يذكره لقول ابن عباس فيما اخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم يقول اني اريد ان تزوج ولوددت انه تيسر لي امراة صالحة وقال القاسم يقول انك علي كريمة واني عليك لراغب وان الله لسائق اليك خيرا او نحو هذا واخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا ان تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان نجتمع وليس في هذا التصريح بالتزويج والنكاح ونحوه انك لجميلة او صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني اريد ان انكحك او اتزوجك وسياق الآية لا جناح عليكم فيما عرضتم به اي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن او اكننتم اي اضمرتم في انفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي نكاحا فلا تقولوا اريد ان اتزوجك وسمي النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الوطئ فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا ان تقولوا قولا معروفا استثناء متعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدلال متعلق بالمحذوف الذي ابرزنا صورته وهو فاذكروهن والله تعالى اعلم **قوله** وبعض الليل يفهم من التعليل **قوله** وقد يمتد الى ان يهجم الليل قد روي عن محمد المتوفى عنها زوجها لا باس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل او اكثره ذكره في الكافي وقدم قبله ما ينفي اختيار صحتها وهو قوله لان نفقتها عليها او عسى لا تجد من يكفيها مؤنتها فتحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان امر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فابيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى ويعرف من التعليل ايضا انها اذا وجدت قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها ان تخرج لزيادة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل ان مدار الحل كون خروجها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها كون بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها **قوله** اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية اشتملت على نهي الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن او لحاجتهم الى المساكن وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن ابلغ لانه اوقع بلفظ الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعي وبه اخذ ابو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وان يكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود اظهر من جهة وضع اللفظ لان الا غاية والشئ لا يكون غاية لنفسه وما قال النخعي ابدع واعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات لا تزن الا ان تكون فاسقا ولا تشتم امك الا ان تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يحتمل اظهار عذوبته من غرضنا **قوله** حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي ابطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد ومحمد في جامع قاضي خان وهذا كما لو اختلعت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج

ولو زارت اهلها او طلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قال وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه

ويلزمها ان تكتري بيت الزوج واما ان يحل لها الخروج فلا والحق ان على المفتي ان ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج افتاها بالحل وان علم قدرتها افتاها بالحرمة **قوله** ولهذا اي لان البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه لو زارت اهلها والزوج معها او لا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك فتعتد **قوله** وقال عليه السلام تأييدا لاستدلال بالكتاب بان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما عقلنا انه مدلول الكتاب وهو ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يترك لي مسكنا املكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد فدعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امرني فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شان زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك في الموطا وابن حبان في صحيحه واخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هو حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن اسحق وهو اشهرهما واسحق بن سعيد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد بن اسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما ولا يضر الثقة ان لا يروي عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به واما ما روى الدارقطني انه عليه السلام امر المتوفى زوجها عنها ان تعتد حيث شاءت وقال فيه لم يسنده غير ابي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز ايضا ضعيف وعطاء بن السائب اختلط وابو بكر بن مالك اضعفهم فلذلك علمه الدارقطني وذكر الجمع احتوى لاحتمال ان يكون الجناية من غيره انتهى كلامه **قوله** وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ اي فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل لعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج عنه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل اليه في عدة الطلاق الى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في امر السكنى حتى ان اجرة المنزل ان كان لا اجر عليها وعليها ان تسكن فيه الا ان تجد الكرى وتجد ما هو بلا كرى فلها ان تتحول اليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة الى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة من الدار وتبيت في اي بيت شاءت منها **قوله** ثم لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كيلا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا هذا في الوفاة اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفي به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا ان يكون فاسقا فتخرج لانه عذر والاولى ان يخرج هو وكذا في كل موضع تحقق عذر يبيح الخروج

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج **قال** إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى

الأولى أن يخرج هو ولعل المراد أنه أحج فيجب الحكم به كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى ويؤيد ما قلنا وهذا لأنهم طلبوا أولوية خروجه بأن مكثها وجب لأمكنة وحتى انتقلت فتعين المكان إليه **قوله** وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة وغيرها المقصود إذا سافر بها فطلقها فأما رجعيا أو بائنا ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم وإن كان بائنا أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فإن شاءت مضت إلى المقصد وإن شاءت رجعت سواء كانت في مصر أو لا معها محرم أو لا لأنه ليس في ذلك إنشاء السفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية وإطلاق المص يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضي إلى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما إن كان ما دونها فترجع أيضا لأنها كما رجعت تصير مقيمة وإذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل إلى المقصد فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك كذا في النهاية وهو أوجه **قوله** وإذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام فصاعدا فإذا كان دونها إلى المقصد لا تتخير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد **قوله** إلا أن يكون استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت أي في جميع الأحوال إلا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة سواء كان معها محرم أو لا وحاصل وجوه المسئلة أما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في النهاية تجبر بل يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لأنها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو مصر فإن كانت في مفازة فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت بمحرم أو لا لأن ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى بخلاف المفازة فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة رح في العدة وقالا لا تخرج وهو قول أبي حنيفة رح أولا وقوله الآخر أظهر لهما أنها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لأن أصل الخروج مطلق لها اجتنابا عما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد حتى قلنا لها أن تخرج إلى دون السفر بلا محرم فإذا ابطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة إذ الغربة يؤذي ويهان فأشبه المفازة وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة أولى وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لأن أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتنا وله التحريم وإذا تنا وله لم يسقط بالمحرم لأنه لا ترتفع به حرمة الخروج باعتبار السفر قبلنا له التحريم بسبب العدة وفي المبسوط لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أو في المواضع التي تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بالاتفاق وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة رح ومثله في المحيط وفيه البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر في الكلأ والماء فإن لم يتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسه أو ماله ليس له ذلك فإن تضرر فله ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات والله تعالى أعلم

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتأكد المهر به

باب ثبوت النسب اعقبه العدة لان مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فيتعرف كل من الآخر في الحال لسبق حال عدم معرفة الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة **قوله** ومن قال ان تزوجت فلانة او امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها لا اقل ولا اكثر فهو ابنه وعليه المهر يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه بزمان وان لطف كما قيل لانه لا تخلل بينهما ان خال بل اول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يخالطها وطيا وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والآخر تجويزا منهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية اثر النكاح اعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما حكي عن الكرخي وهو يخالف تفسيره السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضي خان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله اثره علا يقال مقتضاه ان يكون جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة اشهر وقد عينوا الثبوت نسبه ان لا يكون اكثر من ستة اشهر من النكاح ولا اقل لانا نقول انما لم يتبوه في الاقل لان العلوق حينئذ من زوج قبل النكاح واما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطيا بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره بما ذلك ولا يخفى ان يلزم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر في مدة يتصور ان يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه الا الاحتياط في اثباته والاحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة اشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل اكثر منها وربما يمضي دهر لم يسمع فيها ولادة لستة اشهر فكان الغالب عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفينا والاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري اي الاحتمالين ابعد الاحتمال على الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطأها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد او احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة اشهر بيوم يكون من غيره ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة او جني واما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطيا حكما فعليه المهر

قال ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا

وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطيه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية ابي يوسف مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فللدخول انتهى وعبارة ابي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه ابو الليث ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتاكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للمتامل لا توجب قوله يلزم مهر ونصف بل ظاهره في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك لانه اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا نحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطي ح في غير عصمة ولا عدة بل نحكم بانه مقارن له او للنكاح فاقل الامر كونه قبله او لا شبهة ذلك وضمير به في قوله فتاكد المهر به لثبوت النسب اعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بما ذكر من تزوجها حال وطيها المبتدا به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه في باب المهر من انه لو تزوجها في حال ما يطأها فعليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكل لمخالفته لصريح المذهب وايضا الفعل واحد وقد انتصف لشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطي اما هنا الطلاق مع الوطي الحلال في فعل متحد صحت فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح ابي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليها الحد ويجب مهر المثل وقال لا يجب عليها قال وقد كنت افتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب اصحابنا من مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن اصحابنا وان حرمت عليه بالثلث فلم يبق النكاح ولا عدة لكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب **قوله** ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ولو عشرين سنة او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها فان اقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول ابي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة اشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة اشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه اما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر واما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منها فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها او بوطئها بشبهة بجواز كونها ممتدة الطهر فان امتد الى اقل سنتين من مجيئها به او اقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجته بالرجعة الكائنة بالوطي في العدة بالطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان في العصمة كما يحتمل انه كان في العدة واحالة الحادث الى اقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر والظاهر الوطي في العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة ارجح من اضافة الحادث الى الظن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة ايضا فعبارة معتاد الناس في الرجعة ان يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو انها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن اقرت بانقضاء العدة وما لم تقر بذلك ولم يظهر تزوجها فالظاهر انها في العدة ولان فيه نشأ

والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا واذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطيها بشبهة في العدة

نكاح والقياس الاول اصل وانحف **قوله** والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي تجئ بعد هذا في الكتاب ايضا وهي قوله واكثر الحمل سنتان فان فيها الحقت السنتان باقل من السنتين حتى اثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات اهـ اقول ان لفظ الحديث الخ فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد في البطن اكثر من سنتين وهذا لا يقتضي انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق ان يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه ان يحمل على تقرير فاضيخان المتقدم من انه يجعل العلوق في حال الطلاق لانه قبل زواله بالفراش **قوله** الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ المتعلق اي لم يثبت في حال الا في الحال التي هي دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كون وطيها بشبهة في العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض لنا المذكور لو الاشتراط في رواية الامام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما في كتاب الحدود في ان النسب لا يثبت من المبانة في الوطي في العدة ونص في التبيان ان المبتوتة بالثلاث اذا وطيها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود والجواب يحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال ويحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشيء لان المراد من المذكور هناك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطيها بشبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون ابعد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطيها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغي ان يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطي المطلقة ثلاثا اذا جاءت مطلقا فيثبت عنده فيجب ان لا ينتقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل افاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير ان توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطي بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهي رواية بشر عن ابي يوسف فيجب ان ترد نفقة ستة وقال ابو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شيء لما انفقت من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطي بشبهة واقل مدة الحمل ستة اشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وما اخذت ما لا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وابو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فلانها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين يثبت نسبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينتقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي لاكثر ذكره محمد في

فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله وإن كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لأن بإقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل لأنها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة

شرح الكافي تزوج امة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطيها حلال ولا يلزمه الا بالدعوى ولا فرق بين ان يكون الطلقة بائنة او رجعية وان طلقها ثنتين يثبت نسبه الى سنتين لان وطيها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة طلقها ثم ملكها والا لم يتصور وطيها بملك اليمين فاعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد باحد امور ان يكون هناك اما شهادة بالولادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب **قوله** فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ قيل هو مستدرك لان الحبل دليل على انه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء لانه ان كان باعتبار ان الحبل لا يكون بلا جماع فلا شك انه لا يكون الا بالبلوغ وبعده ان لا تحبل البالغة الا بالجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت اما قبل الدخول او بعده فان كان قبله فجاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق فجاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت لان الفرض ان لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق ليلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر او لم تقر فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها ليتيقن بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند ابي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند ابي يوسف يثبت الى سنتين في الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال انه وطيها في آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت ما ادعت حبلا فهي كالكبيرة من حيث انها لا تقتصر انقضاء عدتها على اقل من تسعة اشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس بجواز امتداد طهرها ووطيه اياها في آخر الطهر وجه قول ابي يوسف انها تحتمل كونها حاملا لفرض انها في سن يجوز فيه بلوغها لان فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتي به الى سنتين واعلم ان قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من انها اذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت ان يقال الى اقل من سنتين هنا وجه قولهما وهو الفرق ان لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فغاية الامر ان يجعل انقضاؤها بمنزلة اقرارها ولو اقرت بالانقضاء بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به لاقل من ستة اشهر او السنة لا يثبت فكذلك هنا ان لا يثبت حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر واما اذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة فيها لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها **قوله** ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به لبعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه ولستة اشهر لا يثبت فوجهه كوجهه في الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هي انقضاء اربعة اشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة اشهر او اكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جاءت به لاقل على ما عرف ويمنع تعيين الجهة التي في حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل فتستمر ما لم تعترف بالحمل **قوله** واذا اعترفت ظاهر وتقدم غير مرة

الفرض

لاكثر

في

وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار وإن كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لأنه ظهر كذبها في إخبارها عن عدتها فإذا أخبرت لزم أي إن تحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق وعن وفاة ومما يشتمل أيضا الآيسة إذا ولدت بعد الرجعي والبائن في كذوات الأقراء يثبت نسب ما تأتي به لأقل من سنتين في البائن ولأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فإن أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر ومطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا لأن مطلق إقرارها يحمل على الأقراء لما بطل اليأس هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضي خان أن الآيسة تعتد بالأشهر إذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني **قوله** وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة وإطلاق المعتدة يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضي خان وفخر الإسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الأئمة قيد صورة المسألة بأن يكون الطلاق بائنا فقال لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقة بائنة ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل ولم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة ما لم يشهد رجلان أو رجل وامرأتان ونحوه قول صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا بمؤيد أي قوله حتى أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره واتفقوا على تقييد إنكار الزوج وكذا لو وقع إنكار الولادة أو الحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك وتشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لأنها حجة على الغير ولا تشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك أي فيما إذا كان حبل ظاهر أو لا أو اعتراف من الزوج أو لا وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم والأليق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان وفي جامع قاضي خان وعلى هذا الخلاف كل ما لا يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش وإذا اقترن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما اقتصر الأئمة ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف إنما هو فيها بعد الموت والطلاق البائن وبقولهما قال أحمد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان وجه قولهما أن الفراش قائم بقيام العدة وهو أي الفراش ملزم النسب فيما تأتي به كما قبل الطلاق والحاجة إلى شهادة المرأة لتعيين الولد فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق فاقتصر المصنف على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل فصارت أجنبية والفراش المنقضي ليس بحجة يصلح مؤيدا للحجة الضعيفة أعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشها المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم فيه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها وصدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لأن النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن وقيام الحمل ظاهرا واعترافا وكذا

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه

يؤيد شهادة القابلة به وقولهما لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته وفيما إذا لم تتعمد النظر بل وقع اتفاقا وهذا أيضا في ما قدمناه ورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل فالحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفي للإثبات أو لا بد من أن يتأيد بمؤيد فالوجه أن يحتمل الاستدلال عليه ولهما فيه قوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس وأما الوجه الذي ذكره فتمامه بانتفاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفع بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لأنه مرسل وإنما قلنا لأنه مرسل لأن قول الراوي مضت السنة إنما يكون حكمه الرفع إذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وإن كان ابن عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني فقد تظافر وقوي ما هو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة قالوا إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين فيطالب غريم الميت بدينه ومن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط هو الصحيح لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة فعلى هذا لو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم والله أعلم **قوله** وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وإن جاءت به لأكثر منها ثبت ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا إذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال أنه تزوجها واطئا لها فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته وهذا من الدليل خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفي نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الإنزال الطلاق وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لا هناك لحمل أمرها على الصلاح إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج قد زوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نفيه نسبة فساد إليها لجواز كون مدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لأن معنى السؤال وجد المقتضي وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما ثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الإمكان مع الاحتياط **قوله** فإن جحد الولادة يعني فيما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا وأيضا يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت به النسب وأثبت به اللعان بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بما تقدم من قولها

فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رح انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بيناه وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل

هو نفيه فانه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد اصلا فضلا عن نفيه لجواز تحققه بدونه وان اتفق سببا وقوعه في ضمن النفي قوله فان ولدت ثم اختلفا فقال تزوجتك لاربعة اشهر وقالت لستة فالقول لها لان الظاهر شاهد لها وهو انه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح هنا الى اقرب الاوقات لانه اذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع ان ظاهرها مناف لظاهره وهو عدم مباشرته النكاح فاسدا ان كان الولد من زوج او حبل من زنا وان صح على الخلاف فيه ثم التحرم عليه بهذا النفي لانه لا يلزم منه نفيه حالا لثبات النسب لكونه اقرارا بالفساد كما اذا تزوجها بلا شهود بجوازه وهي حامل من زنا فانه صحيح على الصحيح ولان الشرع كذبه حيث اثبت النسب والشرع اذا كذب الى قرار بطل قوله ولم يذكر اي محمد الاستحلاف اي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الاشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لان الخلاف واقع في النكاح والنسب قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا اقر به لم تطلق عند ابي حنيفة ولكن يثبت النسب وقالا تطلق ايضا لان شهادتها حجة في ذلك اي في ثبوت ولادتها للحديث السابق واذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير يتبين ان قوله ولانها لما قبلت في الولادة الخ ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الاول وصار كثبوت الامومية بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما اذا قال ان كان بامتي هذه حمل فهو مني فولدت لعد هذا القول لاقل من ستة اشهر فانكر ولادتها فشهدت بها امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما اذا جاءت زوجته بولد فقال ليس مني ولا ادري ولدتيه اولا فشهدت بالولادة امرأة فانه يجب اللعان الا ان يكون الزوج عبدا او حرا محدودا فيحد للقذف ولابي حنيفة انها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك الا في موضع الضرورة فهو الولادة ولازمته المختص به فتقبل فيها وثبت النسب وامومية الولد لانه حكمه اللازم شرعا اما اللعان فانما يثبت بالقذف وان اتفق انه وقع في ضمن نفي الولد كما اتفق واما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة وكمن اشترى لحما فاخبره مسلم انه ذبيحة مجوسي قبل في الحرمة ولا يثبت تمجس الذابح وكقوله اذا حضت فانت طالق وفلانة فقال حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان متغايران ويمكن جعل هذا اشكالا على ابي حنيفة فان طلاقها اي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعي وما لازمه الحبل المنفك وهو حنثه وسيأتي الفرق ولو كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند ابي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة للعلم بان الحبل لا يبقى ولانه اقر بانها مؤتمنة في اخبارها بالولادة حيث اقر بانها حامل فيقبل قولها في رد الامانة كما اذا علق بحيضها فقالت حضت فان ظهر الفرق الدافع للاشكال المذكور وهو ان التعليق ان كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الاقرار بحبلها او بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها عند اخبارها به واعترافا بانها مؤتمنة وان لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند انكاره الى الحجة قوله واكثر مدة الحمل سنتان

ولان

وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي رح يقدر الاكثر باربع سنين

والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة

وعند الشافعي ومالك اربع سنين واستدل المصنف بقول عائشة رض الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك ثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل اكثر من سنتين الحديث واخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك ابن انس اني حدثت عن عائشة انها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة ابطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في اربع سنين ولا يخفى ان قول عائشة رض مما لا يعرف الا سماعا وهو مقدم على المحكي عن امرأة بن عجلان لانه بعد صحة نسبته الى الشارع لا يتطرق اليه الخطأ بخلاف الحكاية فانها بعد صحة نسبتها الى مالك والمرأة تحتمل خطأها فان غاية الامر ان يكون انقطع دمها اربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع في ان الاربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز انها امتد طهرها سنتين او اكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد اخبر عن امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة اشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها اخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا الى ان ضمر بطنها وقامت عن قابلتها من غير ولادة وبالجملة فمثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روي ان عمر رض اثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه اباه فلما رآه الرجل قال ولدي ورب الكعبة فانما هو لقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه **قوله** واقله ستة اشهر ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا مع تفصيل الفصال في الآية الاخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاصل ستة اشهر واورد عليه انه مخالف لما قرره لابي حنيفة في الرضاع من ان هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال غير ان المنتقص قام في احدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة رض قلنا قدمنا هناك انه غير صحيح لما يلزم من انه يراد بلفظ الثلثين في اطلاق واحد حقيقة ثلاثين واربعة وعشرين باعتبار اضافتين فلعله رجع الى الصحيح واجيب بان هذا دليل ابن عباس رض ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل لعضه لينبه به عليه وهو ما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال وفصاله في عامين فلم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان رض فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة احد فكان اجماعا وهذا صحيح في نفسه ومفيد لقطعية ارادة كون المدة لمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا وابتدوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه خلا انه دفع به التناقض على المصنف **قوله** ومن تزوج امة فطلقها اي بعد الدخول واحدة بائنة او رجعية ثم اشتراها قبل ان تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها لزمه اي ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا بعد الدخول والواحدة لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر منذ فارقها لانه لا عدة لها ولو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف **قوله** والا اي ان لم تجئ به لاقل بل لتمام ستة اشهر او اكثر من وقت الطلاق لم يلزمه الا ان يدعيه **قوله** لانه في الوجه الاول وهو ما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء

الا مشترا بدل

فهي ام ولد له لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه

وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا
كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء اذ لا يظهر عدتها في حقه لانها معتدة والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضي بالعلوق من اقرب الاوقات لان
فيما زاد عليه شكا واقرب الاوقات هنا ستة اشهر واعتبارها في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة
بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء لانه به تحرم الامة حرمة
غليظة فلا يحل الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فيتعذر القضاء بالعلوق من اقرب الاوقات لانه قضاء بعلوقها
بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة
ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فائدة لعدة كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء وان كانت
بائنة تثبت الى اقل من سنتين او تمام السنتين لعدة كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق
يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم اعتقها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب
الا ان يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق ما
زادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حق المالك
وبالعتق ظهرت وحكم معتدة من بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وان كان لاكثر
من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ باعها فعند ابي يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه
الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة
ظهرت ثمة ولم تظهر هنا ولو اسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه
لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث تعلقها
وكذا حرة تحته امة اعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان
احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل احدها ما لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت
احداهما لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره في الزيادات
وثانيها ما لو قال لها اذا حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق وكذا لو كان هذا في تعليق العتاق
بالحبل وثالثها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى اقرب
الاوقات لثبتت هذه الاحكام اعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى اقرب الاوقات اذا لم يتضمن ابطال ما كان
ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضي اما اذا تضمنت فلا فحينئذ عولت على ما قلنا ثم استقريت المسائل ووجدت الامر عليه ففي ثبوت الطلاق
في الصورتين الاوليين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استنكار الرجعة
[illegible] قوله فهي ام ولده بالاجماع لان سبب وجود النسب وقد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة

ترثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح ووجه الاستحسان ان المسألة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث

باب حضانة الولد ومن احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

حجة في ذلك بالاجماع اعني باتفاق اصحابنا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة اشهر او اكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فيتعلق بالدعوى **قوله** ترثانه الخ فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع الى ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعي والا لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية **قوله** وجه الاستحسان ان المسألة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحرية الاصل وانها ام الولد واذا ثبت كونها حرة هي ام ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم يتحقق زواله **قوله** فلا ميراث لها قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لانهم اقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها ام ولد بقولهم **قوله** لا في استحقاق الارث فلا يقضي به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث هو من غيره

باب حضانة الولد ومن احق به لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب احوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد **قوله** واذا وقعت الفرقة الخ وهو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها فلحقت او لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهي احق به وما اذا لم تكن اهلا للحضانة بان كانت فاسقة او تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة او كانت امة او ام ولد او مدبرة او مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة او متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وابت الام ان تربي الا باجر وقالت العمة انا اربي بغير اجر فان العمة اولى هو الصحيح **قوله** لما روي ان امرأة في سنن ابي داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا اراد بجده محمدا كان مرسلا واذا اراد عبد الله كان متصلا فما لم ينص عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله والحجر حجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية **قوله** ولان الام اشفق عليه ابدا الحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت اشفق لانه كان جزءا لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض واقدر على الحضانة لتفرغها بخلاف الرجل اقدر على الاكتساب فاذا حبلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها **قوله** واليه اشار الصديق الخ يشير الى ما في موطأ مالك ثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رضي الله عنه فركب يوما الى قبا فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فاخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه فاقبلا حتى اتيا ابا بكر فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال ابو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال ابو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفي مصنف ابن ابي شيبة ثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن ابي الافلح فتزوجت فجاء عمر فاخذ

والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها

ابنه فادركته شموس ام ابنه عاصم الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فترافعا الى ابي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فاخذته ولابن ابي شيبة ايضا عن عمر انه طلق ام عاصم ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان ياخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى ابي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه **قوله** والنفقة على الاب على ما نذكره في باب النفقة وهذا اذا كان حيا وان كان ميتا فعلى ذوي الرحم الوارث على قدر المواريث **قوله** ولا تجبر يعني اذا طلبت الام فهي احق به فان ابت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعي واحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية اخرى وهو قول ابن ابي ليلى وابي ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره ابو الليث والهندواني من مشائخنا لان ذلك حق الولد قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي ممن ترضع فان لم يوجد غيرها او لم ياخذ الولد ثدي غيرها اجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فاذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب او محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى ان تعجز عنه لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد ان يكون عند امه ما كان اليها محتاجا انتهى لفظه فافاد ان قول الفقيهين جواب الرواية واما قوله تعالى فسترضع له اخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت احق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا ان لا يوجد من يرضعه فتجبر **قوله** فان لم تكن له ام اي لم تكن له ام تستحق الحضانة بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ماتت فام ام الولد اولى من كل احد وان علت وعن احمد ام الاب اولى واستضعف بان ام الام تدلي بالام وهي المقدمة على الاب فمن يدلي بها اولى واحق ممن يدلي به فان لم يكن للام ام فام الاب اولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة او الخالة اولى منها وعن مالك الخالة اولى من الجدة لاب لما في الصحيحين ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت اخي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي انت مني وانا منك وقال لجعفر اشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد انت اخونا ومولانا ورواه ابو داود وقال فيه انما الخالة ام ورواه اسحق بن راهويه وقال بعد قوله واما انت يا زيد فاخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة او غيره الا ان السياق افاد ارادة الاول فيبقى اعم من كونه في ثبوت اصل الحضانة او كونها احق به من كل من سواها ولا دلالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها احق من احد بخصوصه الا ممن له حق في الحضانة [بكونها] فيبقى المعنى الذي ذكرناه بلا معارض وهو ان الجدة ام ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولادة ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم يكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين واولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة اولى من غيرها والتي لام اولى من الاخت لاب وبعد الاخت لاب

لما روينا ولان ذوي الام اذا كان لجنينا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة

الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب لانها تدلي بالام وتلك بالاب وفي رواية كتاب النكاح الاخت لاب اولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلي بالام على المدلي بالاب عند اتحاد مرتبتهما قدم بالفعل رواية كتاب النكاح يدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب وام ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام اولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين ان اولاد الاخوات لاب وام احق من الخالات والعمات وان الاخت لاب والام احق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلي الى من له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لان قراباتهن لم تتأكد بالمحرمية **قوله** لما روينا وهو قوله عم ما لم تتزوجي والتعليل والثاني نظر البغض ولو ادعى ان الام تزوجت وانكرت فالقول لها ولو اقرت بالتزوج الا انها ادعت الطلاق [illegible] فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج **قوله** فاختصم المقصود انه اذا لم يكن للصغير امرأة من اهله ووجب الانتزاع من النساء اخذه الرجال واولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بالقرب والكل اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحفظه اقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه اسنى في الفرائض واولى العصبات الاب ثم الجد اب الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من اولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما اولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وام ثم ابن العم لاب لا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند ابي حنيفة رض في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه اخر العصبات ولا تدفع الانثى اليه ولو كان في المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الامساك الكل من الكافي واذا اجتمع مستحقوا الحضانة في درجة كاخوة واعمام فاصلحهم اولى فان تساووا فاسنهم وفي الفتاوى الصغرى فان لم يكن عصبته فالى ذوي الارحام على الترتيب **قوله** حتى يأكل الخ الذي في الاصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المصنف الى ما تقدم وفي نوادر ابن رستم ويتوضأ وحده وذكر شمس الائمة لا بد من ان يستنجي وحده ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة وان لم يقدر على تمام الطهارة **قوله** والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ما قيل انه يقدر بتسع لان الاب مأمور بان يأمره بالصلوة اذا بلغها وانما يكون ذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي احدهما ولكن ينظر ان كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع والا فلا **قوله** وعن محمد رح انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة وهي رواية هشام وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن ابي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبنى عليها

ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حد الشهوة وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا **قال** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا

اخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا ابنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا **قوله** ومن سوى الام والجدة يعني الجدتين من قبل الام والاب **قوله** لانها لا تقدر على استخدامها شرعا وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب وانما يحصل بالاستخدام بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليها شرعا ولذا جاز ان يؤاجرها قال الحاكم الجليل الشهيد وان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وامرنا مخوف عليها فلها ان تنزل حيث احبت في مكان لا تخوف عليها **قوله** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه احق به منها وان كان حرا كانت احق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى اعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي امة فالولد لمولاها وهو اولى به من الاب لانه مملوكه وان كان الزوج حرا اي اذا كان الزوج حرا ولم يفارق امه فالمولى احق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين امه للنهي عن ذلك وذكر في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان بعده فهي اولى به لدخوله تحت الكتابة **قوله** او يخاف بالرفع عطفا وفي بعض النسخ او يخف بالجزم عطفا على ما لم يعقل بان تغذيه الخمر او لحم الخنزير وان خيف ضمه الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب ايضا على معنى الا ان يخاف مثله في قوله لالزمنك او تقضيني حقي ولكن هذا في او لا الواو وقال الشافعي واحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وابي ثور وقوله للنظر بعد ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر للصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التنقل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يندفع بما ذكرنا **قوله** ولا خيار للغلام يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب احق به كسبع مثلا اخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع او ثمان وعند احمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد فاختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا قال في المغني وهذا لم يقل به احد من السلف والمعتدة لا تخيير ويكون عند الام **قوله** لان النبي صلى الله عليه وسلم خير اخرج الاربعة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين امه وابيه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عنبة فقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر واجاب عن الحديث بوجهين احدهما انه عليه السلام دعا ان يوفق لاختيار الانظر على ما رواه ابو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فجاء بابن لها صغير لم يبلغ فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب ههنا والام ههنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه وفي لفظ آخر انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي فطيم وقال رافع ابنتي فاقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية واقعد الصبي ناحية وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال

فصل وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الإضرار بالأب إلا أن تخرج به إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا

عم اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة وأخرج ابن ماجة والنسائي في سننه من إسمعيل بن إبراهيم بن علية ثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة أن أبوين اختصما في ولد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه إلى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه إلى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين في أنه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده عن أبويه اختصما فيه رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن أبيه بن سلمة ولا يصح ذلك لأن عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ولو صحت لاحتمل أن يحمل خلاف الرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فإنهم ثقات وهو وأبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وأفاد أنه أوثق له عن أبيه عن جده جد أبيه قال فإنه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان ونحن نقول إنه إذا اختار من اختاره الشرع دفع إليه لكن الوقوف على ذلك متعذر فتخيير عمير وأم مع وما فيه يجب بعده وهو باعتبار مظنة الأنظرية وهو فيه فإن ثانيهما أنه كان إنما يليه الاستغنا من يبين إلى تبينه من دون البلوغ لا يرسل إلى الآباء [illegible] عليه من السقوط [illegible] ونحن نقول إذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وأن يكون عند أبيها [illegible] اللهم إلا أن يبلغ سفيها مفسدا فيضمه إلى نفسه اعتبارا لنفسه [illegible] ولا نفقة على الأب إلا أن يتطوع أما الجارية فإن بلغت بكرا ضمها إلى نفسه لأنها غمرة لعد، وإن بلغت ثيبا ولها أن تنفرد بالسكنى إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها إليه وكذا الأخ والعم إذا لم يكن مفسدا فإن كان فمن يضعها القاضي عند امرأة ثقة ولهذا صح أن الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا ابنه على ما تقدم مع قصة عمر مع أبي بكر رضي الله عنهما ما أسند عبد الرزاق عن عمر أنه خير [illegible] محمول على أنه عرف ميل الابن إلى أمه وهي في الواقع حق بحضانته فأحب تطييب قلب الأب من غير منافاة للشرع في تخيير ويدل عليه ما تقدم أنه لم يراجع أبا بكر رضي الله عنه الكلام والجواب أن عدم [illegible] حجة ليس دليلا إلا أن [illegible] إذا قضى بحكم [illegible] رأى المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] الباب

فصل إذا ثبت حق الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى بلد آخر [illegible] لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه وإن كانت بائنة وقد انقضت [illegible] تريد الخروج إلى بلدها وقد وقع العقد فيها [illegible] في الأول ليس للأب منعها وإن لم يكن [illegible] يكون [illegible] أو ذمي وإن كانت هي حربية [illegible] كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك [illegible] ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها التابعة أو تابعته بلا وجوب وإذا زالت [illegible] ولو كانت الأم لا سفيها بأن تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا [illegible] فإن أخرجهم بإذنها ليس عليه أن يجيئهم إليها وليقال لها اذهبي إليهم [illegible] وفي الثاني له منعها سواء كان مصرا ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس معه [illegible]

قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

اسے مصر قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد امكنه ان يبيت في اهله او قرية كذلك وكان العقد في قرية لانه كالانتقال من دار الى دارة جارة وان لم يكن العقد في قرية بل في مصر فليس لها اخراجه الى القرية هذا فيما بين الاب والام اما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل بالولد الى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا ام الولد اذا اعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وام الولد ولنتكلم على فصول الكتاب **قوله قال** عم في مسند ابن ابي شيبة ثنا المعلى بن منصور عن عكرمة عن ابراهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن ابي ذباب عن ابيه ان عثمان رض صلى بمنى اربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تأهل في بلدة فهو من اهلها يصلي صلوة المقيم واني تأهلت منذ قدمت مكة ورواه ابو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من اهله وانما اتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي **قوله** ولهذا يصير الحربي به ذميا ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي ذميا ووقع في الكافي بانه خلاف المصرح به بل لا يصير الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وانما يصح بحمل الحربي على ارادة الشخص الحربي فيصح مرادا به الحربية وتجويز ان يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لو سبق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المص هذه الجملة بلا فصل **قوله** وان ارادت الخروج بقوله فهو منهم وما ذكر هنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة الى تكلف توجيهه بما قلنا ولغيره وتحمل المص اياه مع انه لا يصح لان مرجع الضمير ان كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الا في تزوجه المرأة الحربية على صيرورته من اهلها والحال ان صيرورتها كذلك لا مر يخصها لا يوجد في حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته **قوله** اشار في الكتاب اي القدوري وقيل المبسوط والاول اولى لانه معتاد المص ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا ان يخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل في الحظر والذي وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق اي من الاصل وفي العكس وهو ما اذا ارادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات **قوله** كما يوجب البيع التسليم في مكانه اي اذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقا فان في الفتاوى من باع شعيرا او الشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء سلمه في مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار **قوله** فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم **قوله** تفاوت اي بعد وفي حكمه وهو ان تنقل من المصر الى القرية الخ ثمرات ... كانت القرية قرية الا اذا وقع العقد فيها وهي قريتها فلها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح الطحاوي ليس لها ذلك بجانب ... هناك اولا والاول هو المنصوص ذكره حاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان اصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فارادت ان تخرج من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض الكلام له ذلك ليقبله من ابيه اذا اراد ان ينظر اليه من يومه واذا ارادت ان تخرجه من مصرها

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل فى ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام فى حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضى والعامل فى الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة وتعتبر فى ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخى رح يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابى سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين فى ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط

الى قرى فان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا ان يكون النكاح واقع فى تلك القرى وفيه ايضا وليس للمرأة ان تشترى لولدها ذبح و الكانت احق به الا ان يكون وصية والله سبحانه اعلم

باب النفقة النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت او من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشرى ان كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى ونفد وفى الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هى الاصل فى ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل فى ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هى الزوجات وقيل هى المطلقات والاول هو الظاهر وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وقال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود واسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقال عم فى خطبته بعرفة فى حجة الوداع كما قدمناه فى ضمن حديث جابر الطويل فى الحج فاتقوا الله فى النساء فانهن عوان واخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفى الصحيح ان هندا ابنة عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ابنى الا ما اخذت من ماله بغير علمه فقال عم خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك والاحاديث الكثيرة فى الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبى رح من قوله ما رأيت احدا اجبر على نفقة احد يجب تأويله والله اعلم بصحته **قوله** وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره اى لمنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد يرجع عليها بما اخذت اما لو انفقت عليها بلا فرض القاضى فلا يرجع وفى الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه ان لم يقربها ان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند ابى يوسف وعندهما يصح فتستحق النفقة وذكر فى موضع آخر لا تستحقها عندهما ايضا لانه ممنوع عن وطيها ولو اقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطيها وتقدم اصله فى المحرمات والله اعلم **قوله** اصله العامل فى الصدقات والمفتى والوالى والقاضى والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة لمائها عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن او لا ولو غنيات **وقوله** اذا سلمت نفسها فى منزله ليس شرطا الا فى ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة ايضا وان كان [illegible] لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن [illegible] واختاره القدورى وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ ابى نصر فى شرحه ان تسليمها نفسها [illegible] لاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هى تجب [illegible] تسليمها ولكنه رضى بطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها **قوله** وعليه الفتوى اختاره [illegible] قول الخصاف وقول الكرخى هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رح وقال فى التحفة انه الصحيح والاخفانى وجوب نفقة اليسار فى يسارهما والاعسار فى اعسارهما وانما الخلاف فى الاختلاف كما اذا

وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا فى نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها

كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا فى عكسه وعلى ظاهر الرواية تجب فى الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفى الثانى نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التى بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسرا ولا شك ان جوابه يجب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى ان يقول فان كان احدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر فى الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها وهو انما يصلح ردا لاعتبار حاله فقط يعنى اذا ثبت اعتبار حالها فى هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما فيلزم اعتبار حالهما ويرد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق فى اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة او لا والمعسر معسرة كانت او لا فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ توجب الزيادة فى موضع يقتضى النص فيه عدمها وعدمها فى موضع يقتضى فيه وجودها وذلك لا يجوز والاولى المعارضة لهذا القول واما النص فنقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقى فى ذمته فانه لا يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله فى الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفى اعتبار حالها فى القدر الذى يجب لها والحديث افاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد باعتبار حالها فى القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بان يكون الواجب عليه اكثر منها اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فالفضل الباقى فى ذمته اللهم الا ان نقول يجوز عليهم بان زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله واطلق لها ان تأخذ كفايتها بالمعروف فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر فى نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا ان هذه فى المتعة لا فى النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست مسلوكا بها مسلك الكسوة بل هى بدل نصف المهر او ان قوله تعالى متاعا بالمعروف الآية يفيد بالقدرتين اى على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف ان لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة **قوله** وهو الواجب اى الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالها وقد يقال لا يتمشى على جميع اقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل فى اوساط الحال وفى اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط واما فى يسارهما فيمكن ان يقال يجب نفقة هى وسط فى اليسار واما فى اعسارهما فيجب ايضا نفقة وسط فى الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعسارهما نهاية فى الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله وحالها لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف فى قوله عم خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف فى متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند اعسارهما اعسارها المعروف دون المتوسطة والحاصل ان على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض فى كل وقت واعتبار [illegible] اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مادوما **قوله** لان ما وجب كفاية الا [illegible] شرعا [illegible] يختلف باختلاف الطبائع واحوال الناس وباختلاف الاوقات وفى المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله او حالها فى النفقة [illegible] الكسوة [illegible] فى اليسار والاعسار فالقول قول الزوج فى المعسرة كذا فى الاصل واشار شيخ الاسلام الى ان القول قولها [illegible] وهو ما ذكره محمد [illegible] من قال ينظر الى زيها الا فى العلوية لها نفقتها وان اذا كان [illegible] قولها بينة لها فسألت القاضى ان يسأل عن يساره فى السر فليس ذلك على القاضى فان فعله فاتاه

حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فيجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطي كرها

عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا ان يجيء بذلك عدلان انما على ذلك فيكونان بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من ورائه لم يؤخذ بقولهما فان اقامت البينة انه موسر واقام الزوج انه محتاج اخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم **قوله** حتى تعود الى منزله يفيد ان النشوز المستعقب لسقوط النفقة المأخوذ فيه خروجها من منزله وفي التحرير ان المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجئ الى المنزل سواء كان بعد خروجها او امتنعت ان تجئ الى منزله ابتداء بعد ايفائه معجل مهرها او عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل ان تسأله ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا فان كانت ساكنة معها في ذلك لتنتفع بملكها فابى منعه الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في ارض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوى النسفي لو كان يسكن مع اجنبي فبعث اليها اجنبيا ليحملها اليه فابت لعدم المحرم لها النفقة **قوله** لا تستمتع بها اي لا توطأ وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطي وبه قيد الكرخي لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى ان تصير الى حالة تحتمل الوطي سواء كانت في بيت الزوج او الاب واختلف فيها فقيل اكملها سبع سنين وقال العتابي اختار مشائخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فمرجع الضمير الوالدات فلا يتناول الصغائر واما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم يعين مستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد البعض الاتري ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه واما حديث جابر فقوله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ولقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك او طريقه ولو سلم فالاتفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فيجوز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة اجنبية فاستحقاقها النفقة اما ان يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره الحاقا للملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة او لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج اعني الوطي او دواعيه او لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا ان يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه فهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على احد الاوجه التي ذكرناها وسنوردها وجها وجها وانه عوض الملك هنا المهر فلا يكون النفقة ايضا عوضا والا اجتمع من العوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على الف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت ايضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيئا فشيئا ولو كانت جزءا من العوض لزوم جهالة احد العوضين فانما تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق المص وعلى هذا يجب ان يقول النفقة في المرقوقة ايضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته الوطي ان امكن لا الملك وهذا حق الا ترى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتقاضه بالناشزة ولا ما قبله لعرض انتفاء الدواعي بانتفاء كونها من يوطأ واما الثاني فهو العلة لظهور اثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا يكون سبرا فقط اشبه المناسبة لظهور الاثر لم يبق الا صحة السبر وانما هو في الحقيقة هنا

وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف أن لها النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم

عليه ما مينا لظهور اثره والبطال ما عينوه بذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي اصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطيها لكبرها فان لهن النفقة ولا يمكن للوطى اجيب بان المعتبر في ايجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع او الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود فيهن لان يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فانها لا تكون مشتهاة اصلا فلا يجامع فيما دون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وعلى هذا من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لانها اذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم ما يحكى وهو ان قولنا صغيرة التي لا توطأ مثلها هل معناه لا تشتهى للوطى او لا تطيق الوطى فان كان الاول فالملازمة حقه وان كان الثاني فان ثبت التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على ان المراد عدم الاطاقة مطلقا ولان واحدة ممن يطيق الوطى فالظاهر ان من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة فان لم تطقه من خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها النفقة وفي خزانة الفقه للفقيه ابي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج اذا لم يكن معها زوجها والامة اذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا او المرتدة والمتوفى عنها زوجها والمراة اذا قبلت ابن زوجها او اباه بشهوة **قوله** وان كانت صغيرة الخ ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بان كان صغيرين لا يطيقان فلو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا وفي الذخيرة لا نفقة لها واكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا يستحق النفقة ومن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها النفقة ولا يخفى امكان عكس هذا الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فيجب الخ والتحقيق ان النفقة لا تجب الا بتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور ذلك وجوبا معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرة وتجب في الكبيرة تحت الصغيرة **قوله** وعن ابي يوسف ان لها النفقة اي في صورة حبسها وغصبها لانه لا منع من جهتها واختاره السغدي والفتوى على الاول وهو قول محمد لان النفقة عليه عوض عن احتباسه اياها غير انه اذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فيجب مع فواته فاذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديره قائما ففات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ما لو غصب العين من يد المستاجر لا يجب الاجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستاجر وان لم يكن من جهة الاجر بخلاف ما لو حبس هو ظلما او في حق لقدرته على الوفاء او لا لقدرته او هرب او ارتد او سلمت وابى هو الاسلام او طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبله بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة او بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفوات حكم جهته حقيقة او معنى وان لم يكن له تعمل فيه **قوله** وكذا الخ اي لا نفقة لها اذا خرجت مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج فان لها النفقة اتفاقا **قوله** لان اقامة الفرض عذر قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت انما يجعل باقيا تقديرا اذا كان الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بان يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان ما هو الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه **قوله** لما قلنا اي من ان نفقة الحضر هي المستحقة واجمعوا على ان الصوم والصلوة لا يسقط النفقة **قوله** ويمسها اي ويمسها استمتاعا ويدخل في مسها لذلك الجماع فيما دون الفرج

قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه **قال** وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله اعلم **قوله** قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولا يخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا انه مختار لبعض المشائخ ورواية عن ابي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الاصح تعلقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن ابي يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستيناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع عن الجماع او كبرت حتى لا يستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع او بها رتق يمنع الجماع او قرن كان لها النفقة وقال الحلواني اذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا التقييد للاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة في منزل زوجها او لا قبل الدخول او بعده تجب وفي الاقضية لو كانت مريضة او رتقاء او قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء اصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت الى بيت الزوج او قبله فيما اذا لم تكن مانعة نفسها هذا جواب ظاهر الرواية عن ابي يوسف لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطيها قبل ان ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى اهلها اما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا يردها الى اهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ما حكمنا به في اختار قول ابي يوسف ثم عن ابي يوسف في التي مرضت في منزله اذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء منها **قوله** وتفرض على الزوج النفقة الخ قال المصنف والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار من تكرار نفقتها ولا يخفى على متامل ان التكرار ليس بلازم اصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها ان تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة يفرض اذا طلبت فافاد ما قلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذي يلي الانفاق الا اذا ظهر عند القاضي مطله فح تفرض النفقة ويأمره ان يعطيها النفقة على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وقيد اليسار اثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الغرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففي المحترف يوما بيوم اي عليه ان يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه ان يعطيها معجلا او يعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر او من الدهاقين فنفقة سنة بسنة او من الصناع الذي لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه اكثر من قدر حاله له ان يمتنع من اعطاء الزائد وفي الاقضية يفرض الادام ايضا اعلاه اللحم وادناه الزيت واوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرفهم ويعتبر فيها على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح

ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من نفقة خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وغيره وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستاجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما ان ينقله الزوج لها او يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين ان يكون حيضها عشرة ايام فعليها او اقل فعليه واجرة القابلة على من استاجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استيجار فلقائل ان يقول عليه لانه مؤنة الجماع ولقائل ان يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها من نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة واذا لم يتقاصا وتفرض الكسوة على كل ستة اشهر الا اذا تزوجها ولم يبعث اليها الكسوة فان لها ان تطالبه بها قبل مضي ستة اشهر والكسوة كالنفقة في انه لا يشترط مضي المدة وللزوج ان يدفع الى القاضي ليامرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة اشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكفها فيجدد وتبين خطأ في التقدير وان تخرقت لخوف استعمالها لا يفرض لها اخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة اشهر تفرض لها اخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة او بقي منها شيء في الشهر الآخر ايضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي ادب القاضي للخصاف يفرض قميص مقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرة ويسرة وذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكر محمد اصلا قال السرخسي لم يوجد محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجب لها الكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت والقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري ارخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا ان القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغي ان يكون لها فراش على حدة ولا يكتفي بفراش واحد لهما لانه قد تتفرد في الحيض والمرض وفي الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا ارسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فان اقاما البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر او على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة او قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة

قوله ووجهه ان كفايتها الخ ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها او اعم منه قال بعضهم المملوك فلو لم يكن لا يستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت او امة لها او لغيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم وان كانت من الاشراف ويوافقه ما قيد به الفقيه ابو الليث كلام الخصاف حيث قال في ادب القاضي فرض ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا اخبز ولا اعجن ولا اعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج ان ياتي بمن يكفيها عمل ذلك قال الفقيه

وقال أبو يوسف رحمه الله تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رحمه الله يفرق

هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام وهو الصحيح وقالوا إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره أيضا إن شاء الله تعالى **قوله** وقال أبو يوسف لخادمين وهكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب **قوله** ولأنه لو تولى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الأقضية ولو قال الزوج أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبي يوسف في رواية أخرى إذا كانت فائقة في الغنى زفت إليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي **قوله** خلافا لما يقوله محمد وهو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها لأنها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا وجه الظاهر أنها بحيث تكتفي بخدمة نفسها وإنما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه حالة اليسار لأن المعسر إنما يلزمه أدنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكر المصنف من لزوم اعتبار حالهما وأنه عند إعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا يجب لها النفقة لأن استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي إذا شهد الوقعة بلا فرس وأعني بها الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله أعلم ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهري فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لأنه بأمرها **قوله** ومن أعسر بنفقة امرأته إلخ بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد وابن أبي سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج ويقول الشافعي قال مالك وأحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ ومن هذا ما ذكر في الغاية حيث قال ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضرا أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الأمر إلى القاضي فكتب القاضي إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الإمام أبو الحسن السغدي نعم إذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر فالصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الإمام الأستروشني فتكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضى بها كما ذكره ظهير الدين واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى نفقته وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضي أبو الطيب من الشافعية إذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ

لانه يجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قاله في الحلية وله وجه جيد فلا يلزم ما قال ظهير الدين **قوله** لانه عجز الخ استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في سنن النسائي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى ان قال وابدأ بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني وولدك يقول الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن ايوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني ثنا ابو بكر الشافعي ثنا محمد بن بشر بن مطر ثنا شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث قال الدارقطني حدثنا عثمان بن احمد السماك وعبد الباقي بن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد بن علي الخزاز ثنا اسحق بن ابراهيم الباوردي ثنا اسحق بن منصور ثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم مثله وقال سعيد بن منصور في سننه ثنا سفيان عن ابي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ايفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته صلى الله عليه وسلم وغايته ان يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعقول والقياس على الجب والعنة بل اولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوة وايضا منفعة الجماع مشترك بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها اولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا اعسر بنفقته **قوله** ولنا المنقول والمعنى اما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة ان يكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانتظار بالنص واما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التأخير اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك ويحيض المملوك لان في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه واما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فهي على النصف من الرجل قال ربيعة عن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثا قال ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمي قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن ابي هريرة موقوفا عليه هذا

احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض

بعد تسليم صحته والا فقد روى عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر واما المروي عن ابي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في ان رفعه غلط وانما هو من قول ابي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام افضل الصدقة ما ترك غنا وفي لفظ ما كان عن ظهر غنا واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول فقول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني ويقول العبد اطعمني واستعملني ويقول الولد اطعمني الى من تدعني قالوا يا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة فثبت انه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول ابي هريرة هذا ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق فكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل تحبس على احد الامرين عينا وهو الانفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل واشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي ان يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا واما ما تقدم من رواية الدارقطني عن ابي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث ابي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواية ذكره ابن القطان في الوهم والايهام **قوله** احالة الغريم على الزوج اي وان لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين ان ياخذ دينه من الزوج او من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين ان يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة اخرى وهي انها لا تسقط بموت احدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر او اخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة يجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر اولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب **قوله** تمم لها نفقة اليسار هكذا مشى عليه ايضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بانه نوع تناقض وان ما ذكره اول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله او حالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها ان تطالبه ان تزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج ان ينقص **قوله** وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وما تقديره وقد زال فيزول بزواله **قوله** لم ينفق الزوج عليها بان غاب عنها او كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بالقضاء القاضي بفرض او اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن احمد وفي رواية اخرى وهو قول مالك والشافعي يصير دينا عليه الا اذا كانت اكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عندنا كذا عند الشافعي في الاصح **قوله** لانها صلة اي من وجه **قوله** ليست بعوض اي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه

وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رح تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها بشيء وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف وقال محمد رح يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رح وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترجع شيء منها بالاجماع وعن محمد رح انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها بشيء لانه يسير فصار في حكم الحال ولو تزوج العبد

وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة والاستئناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وامور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد المقيم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها او اصطلحا لان ولاية على نفسه اعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان النفقة ما دون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضي اليسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ اصلا وهذا حق وقد تم الوجه وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة في وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل ان يقول ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة لحبسها قوله

وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة هذا التقييد لعدم السقوط بالقضاء بحاله حيا نفى ما اطلقه فشمل ما اذا كان القاضي امرها بالاستدانة او لم يامرها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد انه اذا كان امرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عند رفع تضييعها له وهو القاضي فكان كاستدانته بنفسه فلا يسقط بموت احدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط قوله لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه موكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تاكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطه لسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان ابقى من ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحيوة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التاكد بالقضاء **فرع** ابرأ الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض منها يتجدد والشهر فما لم يتجدد الشهر لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو ابرأته بعد ما مضى اشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر فيما يستقبل قوله وما بقي للزوج فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا ترد بالاتفاق لان العدة قائمة في موته كذا في الاقضية قوله ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يرد منه ويعطى من يلي بعده من القضاة قوله وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلمثل ذو ضمها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد وكذا لو قبضت نفقة اشهر فمات احدهما والباقي شهر فاقل

فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب فى ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة فى العبد التاجر وله ان يفدى لان حقها فى النفقة لا فى عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل فى الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلى بينها وبينه فى منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر فى النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد فى هذا كالامة

فصل وعلى الزوج ان يسكنها فى دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى

لا يرجع بشئ وفى الذخيرة ونفقة العدة تسقط بمضى المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وحمل القياس على الموت قال الحلوانى فيه كلام وفى الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلوانى قال المختار عندى لا تسقط **قوله** فنفقتها دين عليه اى اذا قضى القاضى بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به او لم يعلم ثم علم فرضى فظهر السبب فى حقه ايضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة اخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشترى الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة بعد اخرى الا فى دين النفقة لانها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر فى حق السيد فهو فى الحقيقة دين حادث عند المشترى فاما اذا لم يعلم المشترى بحاله او علم بعد الشراء او لم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه **قوله** باذن المولى لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ولو دخل بها طولب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشئ لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا او مكاتبا او ولد ام ولد لا يباع فى النفقة لعدم جواز البيع الا ان المكاتب اذا عجز يباع لانه قن قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لان امه ان كانت امة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك وعلى هذا مولاه لان ولده اجنبى منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة او امة لهذا المعنى وان كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام فى كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه **قوله** فى الصحيح احترازا عما عن الكرخى تنتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ ابو الحسن القدورى هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها فى معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة فى دين لا يسقط بالموت **قوله** وان تزوج الحر امة قيد الحر اتفاقى لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب فى عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفى فى الباقى بالطريق الاولى فانه اذا لم تجب على الحر الذى هو ادخل فى اهلية وجوب المال عليه فيلزم ان لا يجب على ما ذكر **قوله** لعدم الاحتباس اى من الزوج والمنع من السيد والنكاح بحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسه بحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك **قوله** والتبوئة غير لازمة على ما مر فى النكاح فى باب نكاح الرقيق ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التى تتجدد على ملكه فاذا بوأها فقد ترك حقه ما دام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيما اسقط بل طلب حقه فيما يستقبل او الحال على ذلك فلذا كان له ان يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا فكلما استردها سقطت فاذا رجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى احيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة وام الولد فى هذا اى فى وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة كالامة ولم يذكر معها المكاتبة لانها فى استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة

فصل **قوله** ليس فيها احد من اهله واما امته فقيل ايضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج الى استخدامها فى كل وقت فاذا افردها فى بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطأها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا

مقروناً بالنفقة واذا وجب حقاً لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل

بحضرة العشرة قوله مقروناً بالنفقة في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد انفقوا عليهن من وجدكم كذلك قرأ ابن مسعود والسكنى بالملك او الاجارة والعارية وجبة اجماعاً قوله ليس له ان يسكنها معها قيل الا ان يكون صغيراً لا يفهم الجماع فله اسكانه معها قوله ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها اقتصر على الغلق فافاد انه وان كان الخلاء مشتركاً بينهما بعد ان يكون له غلق يخصه ليس لها ان تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد من كون الخلاء مشتركاً بينه وبين غير الاجانب والذي في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها او مع احد من اهله ان اخلى لها بيتاً وجعل له مرافق وغلقاً على حدة ليس لها ان تطلب بيتاً ولو شكت انه يضربها او يؤذيها ان علم القاضي ذلك زجره وان لم يعلم سأل من جيرانه فان لم يوثق بهم او كانوا يميلون اليه اسكنها بين اقوام اخيار يعتمد القاضي على خبرهم قوله لما فيه اي المنع من المكالمة من قطيعة الرحم في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع رحم وفيه من حديث ابي هريرة قال يوم الرحم شجنة من الرحمن قال الله تعالى من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته الشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيد قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخوله فانه قال في الفتاوى للزوج ان يضرب المرأة على اربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلوة في رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا اراد ابوها او قريبها ان يجيء اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب اليه ابن مقاتل من انه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن ابي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا يقدر على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشائخ منعها من الخروج اليهما وقد اشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول ابي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي ان ياذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف اما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصاً اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيآت بخلاف خروج الابوين فانه ايسر ولو كان ابوها زمناً مثلاً وهو يحتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها ان تعصيه مسلماً كان الاب او كافراً وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة او غسالة او كان لها حق على آخر او لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن وخروجها الى الحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا ياذن لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان ارادت ان تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم واخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها ان تخرج بغير رضاه وان لم يقع لها نازلة لكن ارادت ان تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلوة وان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر عنها له ان يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى ان ياذن لها احياناً وان لم ياذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفي الفتاوى في باب المرأة المرتدة قيل تحت [illegible] ان تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان اعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذنه

يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه
لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه
لا سيما ههنا فانه لو انكر احدهما لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب

المزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان او فحلا وكذا ابوها المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر او اثنى عشر سنة ولا تكون المرأة محرما لامرأة
وحيث ابحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن
تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالف فيه قاضي خان قال في فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء
والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص
لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوفة العورة
وقد وردت احاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رض
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر
فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رض قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء امتي رواه الحاكم وقال
صحيح الاسناد وزاد استثناء النفساء والمريضة رواه ابو داود وابن ماجة عن ابن عمر رضي الله عنه عم قال ستفتح عليكم ارض العجم وستجدون
فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء رواه ابو داود وابن ماجة وفي مسندهما
عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي وهو مختلف فيه قال احمد ليس بشيء وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري
وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوي امره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي ووثقه
يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به باس وقال ابو داود قلت لاحمد بن صالح ايحتج بعبد الرحمن بن زياد فقال نعم
قوله يعترف به وبالزوجية في حق الزوجة كان ينبغي ان يزيد قوله والنسب في الولد والوالد لانه رتب على ما ذكر من الاعتراف
قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك اي كلا الامرين اما
لو علم احدهما احتاج في القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده او عليه في الصحيح دون البينة **قوله** واقرار صاحب اليد مقبول في حق
نفسه لا سيما ههنا فانه اولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات
حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولا سيما مركب
من لا النافية للجنس ومنفيها وهو سي ومعناه المثل قال الشاعر ~ فاياكم وحية بطن واد ٭ هموس الناب ليس لكم بسي اي بمثل
ولا سيته وهو واحد سيان من قولك هما سيان واصله سوي قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد الكسرة او لاجتماعها مع الياء وسبق احدهما بالسكون
فان جررت ما بعدها كزيد مثلا في قولك اكرمني القوم لا سيما زيد فهو على ان سي مضاف الى زيد وما زائدة مقحمة كقوله ~ كما حق ربان امرء وابحوا واحدا
الذي وردوا ايه وان رفعته فعلى ان سي مضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا
مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر
بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع
لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدأ الذي ما يضم اليه من كونه في غير ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما في الغير كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع

فلا تثبت في حقه تبعا للقضاء على الغائب كما إذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله إذا كان المال من جنس حقه دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقه
أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب وأما عندهما فلأنه إن كان يقضي على
الحاضر لأنه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه قال ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لأنها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا
وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله لأن هناك المكفول له مجهول وهاهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله
ما أعطاها النفقة نظرا للغائب قال ولا يقضي بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء ووجه الفرق أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي
إعانة لهم أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فأقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالا
فأقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي فيه ولا يقضي بالنكاح نظرا لها ولا ضرر فيه
على الغائب فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد يحلف فإن نكل فقد صدق وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا
أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فتكافيدا أما نصب ما بعدها فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا أعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر
والرفع وذكر بيت امرئ القيس ٭ ألا رب يوم لك منهن صالح ٭ ولا سيما يوم بدارة جلجل ٭ بالوجهين ولم يذكر فيها النصب لكن قد روي النصب
فيه أيضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجموع لا سيما بمنزلة إلا ومعنى الإخراج الذي تقتضيه إلا فيها هو الإخراج من ذلك
الحكم بإثبات ما هو أبلغ منه فإذا قلت أكرمني القوم لا سيما زيد فقد أثبت له أبلغ من إكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف إحدى الياءين فقيل الأولى
لأنها ساكنة وهي أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى وقيل الثانية لأنها لام والإعلال في اللام أولى **قوله** وإذا ثبت في حقه بإقراره
ثبت أن حق الأخذ لها مما في يده لتعدي إلى الغائب ضرورة أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو مديون للغائب
معترف بالدين والوديعة فإنه لا يقضي عليه بالدفع إلى صاحب الدين وأجيب بأن القضاء متبع النظر للغائب ففي الأمر بالإنفاق نظر له بإبقاء
ملكه الثابت بالنكاح وإبقاء ما هو في معنى نفسه أعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير **قوله** فلأنه لا يباع
على الحاضر حتى لو امتنع من أداء الدين وعنده أموال غير الأثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره أن يبيع هو ويقضي فإن لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لأن البيع
عليه حجر عليه ولا حجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر إذا امتنع من البيع **قوله** ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة ثم إذا جاء الغائب فهو على حجته
في إعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء مما له شرعا أصله حديث هند امرأة أبي سفيان المتقدم ومن هذا قلنا لو كان
للغائب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية أطلق لها الأخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل إفتاء والإفتاء لا يمتنع بسبب الزوجية ألا يرى أن من أقر بدين ثم غاب
وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الإيفاء منه أجابه إلى ذلك **قوله** إلا لهؤلاء وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويندرج
عليه الأولاد الكبار الإناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لأنهم كالصغار للعجز عن الكسب **قوله** فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لا شك أن الوجوب ثابت
بدليله قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة وإنما المراد أنه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى أن لا تجب النفقة
فلا يعين عليه قول الوجوب إلا القضاء به فيتقوى تأديه وتتقرر في ذمته ويجبر عليه إذا امتنع وفي الكافي لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء
بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالإنفاق من الوديعة
أولا لأنه أنظر للغائب فإن الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة **قوله** وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها منها قول أبي حنيفة
أولا إذا جحد المديون والمودع الزوجية يسمع بينتها على الزوجية لأنها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في إثبات ذلك السبب كمن ادعى
عينا في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب ثم رجع إلى أنها لا تقبل منه وهو قولهما لأنها لا تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال
ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها إذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع إلى قولهما وقول
زفر في ذلك مستقر ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف فتوى عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك **فروع** في الفتاوى امرأة قالت
إن زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال أبو حنيفة ليس لها ذلك وقال أبو يوسف أخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه
الفتوى فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر وعن أبي يوسف أيضا لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل
سنة أو ما بقي النكاح بينهما صح وقال أبو حنيفة هو على شهر واحد لو ضمن لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا أو بائنا

فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا
أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض
لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف
ما إذا كانت حاملا لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا

يجاب لها كفيل بنفقة عدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح

فصل قوله وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة أو لا بينونة عنده بغير ذلك إلا أن تكون حاملا فإن في بطنها ولده
وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليه وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء
فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن
أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فإذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال صلى الله
عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد فكرهته فقال انكحي أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به وأخرجه مسلم
أيضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه أن أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس
بتطليقة كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا يحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث وأمر لها الحارث بن هشام وعياش
بن أبي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملا فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك
زاد أبو داود في هذا إسنادا ومسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحارث بن هشام ولا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا وفي شرح الكنز
نسبه إلى مسلم لكن الحق ما علمت وهو في رواية لمسلم أن أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله
ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب أن شرط
قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الأمور
أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكر مع أنه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولكون الراوي أعرابيا
فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع أنها لا تعرف إلا في هذا الخبر بخلاف فاطمة
بنت قيس فإنها تعرف ذلك الخبر ويخبر الرجال حفظه مع طوله ووعته وأدته ثم قد ظهر لها من النفقة ما أفادها وجلالة وقدرا وهو ما في صحيح مسلم من أن مروان
أرسل إليها قبيصة بن أبي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثت به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس
عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة
مبينة إلى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فأي أمر يحدث بعد ذلك فكيف تقولون لا نفقة لها
إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر رضي الله عنه خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو أعرابي فحجزنا أن رده عمر وغيره بحجة ليس إلا لما علموه
من رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه بعد وفاته يوم بين السلف إلى أن روت فاطمة رضي الله عنها هذا الخبر مع أن عمر لما
رده صرح بالرواية بخلافه ففي صحيح مسلم عن أبي إسحق قال كنت مع الأسود بن يزيد جالسا في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي
بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فأخذ الأسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك
تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فقد أخبر أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لها النفقة والسكنى

... في حق حياة مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت
... فاطمة بنت قيس رضي الله عنها فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري اصدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت
رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت رضي الله عنه واسامة بن زيد
... المتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

ولاريب في ان قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلثا النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان تعارض روايتها برواية فاي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور ثنا معاوية ثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضي الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فنزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان سناخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة رضي الله عنها الم تري الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت قلت الم تسمعي الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم باحوال النساء فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين عنه عموم وكثرة تكرر وفي صحيح البخاري عن عائشة انها قالت لفاطمة الا تتقي الله تعالى يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل ثنا نصر بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحق قال احسبه عن محمد بن ابراهيم عن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على احمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها لذلك ويقيد بثبوته عن عائشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة رضي الله عنها واعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في ابي داود من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه لكنه هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه ابو داود في سننه عنه وممن رده زوجها اسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن ابي هريرة عن ابي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى فهذا هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حين بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان ذلك غلط منها او لعلمه بخصوص سبب جوز انتقالها من اللسن وخيفة المكان فقد جاء ذلك ايضا ولم نظفر الى الخروج بحديث اسامة فاستغربه والله الميسر وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب انا ابا سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل ان تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم ان ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قال المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة واخرج الدارقطني عن حرب بن ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث ابي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع او كان عن الليث عن ابي الزبير وحرب بن ابي العالية ايضا لا يحتج به ضعفه ابن المعين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن واما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألته وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه ع م وفي بعض الروايات سمي الزوج ابا عمرو بن حفص وفي

الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة

بعضها ابا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين ابن المسيب وشريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد ومن بعدهم الثوري واحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل فهذا العذر بتقدير ثبوته انما اسقط تلك السكنى والحال انه عليه السلام قال لها لا نفقة لك ولا سكنى فلنا ليس علينا لولا ان نشتغل ببيان العذر عما رودت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولم ير عمر في تركه كائنا ما هو في نفسه ما كان الا ان الاشتغال بذلك حسن حملا للمروي على الصحة ونقول فيه ان عدم السكنى كان لما سمعت واما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند احد سوى الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي اهله على ما في مسلم من طريق انه طلقها ثلثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال عليه السلام لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند احد وليس يجب لك على اهله شئ فلا نفقة لك على احد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه عليه السلام فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فوقع انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية في غير المطلقات او في الرجعيات كان التقدير اسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم فانفقوا عليهن من وجدكم وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه لا معنى لجعل غاية ايجاب الانفاق عليهن فان النفقة واجبة لهن مطلقا حاملا كانت او لا وضعت حملها او لا بخلاف ما اذا كانت في البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام عدة الحمل لطولها والاقتصار على قدر ثلث حيض او ثلاثة اشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فانه عام في المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذلك حكم خاص ببعض ما تناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر **قوله** الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيها استيضاحا على ان وجوبها بحق الشرع عادة فانها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وانت اذا امعنت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع اليه وأتقنه **قوله** وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية احترز به عما يجئ من قبل الزوج مطلقا وعما يجئ من قبلها لغير معصية فان لها النفقة فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله او قبلها ففي الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت لغير معصية مثل الفرقة لطلاقه او لعانه او عنته او جبه بعد الخلوة واشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من انه عليه السلام لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه او بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته او ايلائه عدم فيئه حتى مضت اربعة اشهر او ابائه الاسلام اذا اسلمت هي او ارتداده فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان معصيته لا توجب سقوط النفقة واما الثاني فاما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج او ابائها اذا اسلم هو وهي وثنية او مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما لغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة

بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

ووطئ ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها او بعذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها بمعصيتها **قوله** بخلاف المهر بعد الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب لها وهو تسليم نفسها وتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة بل لان الفرقة لم يجئ بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط بالردة فانما تسقط في هذه الردة اذا اخرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة كما اشار اليه المص في التعليل او اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج لعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست او لحقت فعادت الى الاسلام فرجعت الى بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو اسلمت وعادت الى منزله لا تجب لها نفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فاخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اعادها الى بيت الزوج تاخذ النفقة ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فاراد ان يبوأها مع الزوج في العدة وتاخذ نفقتها لا تجب النفقة واورد عليه لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانه تعود نفقتها واجيب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها ان تعود فتاخذ وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة اشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشئ معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال ان يمتد الطهر بها واذا لم تطالب المعتدة بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة الا ان يكون مفروضة ولو ابرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو ابرأته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشئ قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وانفق عليها الى سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وانا حائل لم احض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قوله ويأمره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة اشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلثة اشهر وقال الاعمش لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة

جعلها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط انتهى من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيما رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فجاء الزوج الاول فرق بينها وبين الثاني ولا نفقة على الزوج الاول حتى تنقضي عدة الثاني وان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في عدة الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتاويله اذا تزوجت في بيت العدة اما اذا خرجت فلا والله سبحانه اعلم

فصل قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبارا فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له ان يواجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابناء الكرام لا يجد من يستاجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني ورايت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سياتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما ان يكون لهم مال او لا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكور حد الكسب ان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يواجره وينفق عليه من اجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى امين كما في سائر املاكه وان كان لهم مال فاما حاضر او غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب غنى شيء منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع ما لم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقتهم عليهم وان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار او كبار عاجزون والاب ايضا عاجز عن الكسب فاستحسان يتكفف الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال لان الاب اذا كان بهذه الصفة فنفقته في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك كذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم او لم يكتسب بعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب يرجع على الاب اذا ايسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له اب الا انها ترجع في الاول وما نقل عن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وام موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده بجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امرأته وحماً

لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب ان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى انه باق في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا وعلى المولود له رزقهن الآية ولانه جزءه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة

عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الامام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان بامر الحاكم قال القاضي هذا اذا كانت الغيبة منقطعة **قوله** لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وجه الاستدلال انه واجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولاد له لما عرف من ان تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له فاذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقته نفسه اولى وحين ثبتت نفقته بطريق اولى تبين ان نفقة الوالدات هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في خدمة التربية والارضاع حتى ان اللبن الذي هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاجه المحتاج اليه لكفايته وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كان نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سالت محمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزؤه فكان كنفسه **قوله** وليس على الام ان ترضعه يعني في الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره **قوله** وهذا الذي ذكر بيان الحكم اي عدم الجبر بيان الحكم قضاء بمعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع **قوله** وذلك اي عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد او وجد ولم يقبل هو ثدي غيرها اجبرت على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلواني ان ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدي ترك اجبارها الى التلف والى الاول مال القدوري والسرخسي وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذي لم يانس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته **قوله** معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها اي التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما قد تقدم وقدمنا من اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي انها تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده ومما قدمناه ثم لا يلزم المرضعة ان تمكث في بيت الام الا ان يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغني عنها فيه من الزمان او تحمل الصبي معها اليها او تقول اخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي الى امه **قوله** وجه الاولى لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا يعني عدم الاستيجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم والوجه وايضا بما يكون تاخير ذلك وجه للايماء الى انه المختار عنده وكذا ظاهر اطلاق القدوري المعتدة في قوله او معتدته وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اذ من عادته تاخير ذكر وجه القول المختار والحاصل ان قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع بشهادته لمعتدته عن ثلاث او بائن وكذا لا يجوز استيجارها للارضاع **قوله** وان انقضت عدتها فاستاجرها اعلم ان حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا الزمت والعجز مبطن فاقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع داعية ضر الوالدة ظاهر في عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا اقدمت عليه بالاجر وهي منكوحة او معتدة عن رجعي او مطلقا على ما هو الاوجه ظهر

وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد

عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا اجبر فتستحق في مقابلة فعل الواجب ولا يخفى ان هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها الارضاع ولدها منه بعد انقضائها العدة ومقتضاه ان لا يجوز بعد المدة ايضا كما قبلها وهذا لان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن اعم من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من الاخذ الاجرة هو الاستيجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع باجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهي على الاب لا الام ويدفع فان هذه النفقة اوجبها الذي له ولاية الايجاب على الام بعد ان اوجب رزقها لها بادرار الثدي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري وهو اوجب عليها القيام به ديانة وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور اعني يرضعن اولادهن والحق انه اوجب مقيدا بايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشئ فتقوم الاجرة مقامه **قوله** وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال والمال يعم جميع اصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب ان يبيعه وينفقه عليه كذا يعطي منه اجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة احد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاعتبار ذلك ليس باولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها لغرض آخر فنفقتها عليه وان كانت غنية اما الولد فنفقته للحاجة فبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله اعلم

فصل قوله على الرجل اي الموسر **قوله** واجداده يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا وفي جداته لابيه وجداته لامه وان علون وقوله واذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول السرخسي حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا يجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب ان يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في الكد والتعب اكثر منه في التأفيف المحرم وبقوله تعالى ولا تقل لهما اف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي الغني **قوله** نزلت في الابوين الكافرين بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من اناب الي فعرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف ان يتركهما مع الجوع والعرى وينقلب هو في النعم الا ان محلها على غير الحربيين فاما الآباء الحربيون وان كانوا مستامنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينها وبين الآية الابوين عموم وخصوص من وجه تتصادقان في الابوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة من غير الحربيين وآية النهي في غير الابوين فتعارضا في الابوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح ولقائل ان يقول النهي انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم اهل مكة فلا يتناول الابوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على اهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لان الحكم علق بالمجموع من تحقق القتال والاخراج منه ايضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا ايضا حربيون **قوله** واما الاجداد والجدات فلانهم

اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما

من الآباء او الامهات ظاهره انهم يدخلون في اللفظ اعني لفظ الابوين الذي هو مرجع الضمير من صاحبهما في الدنيا وفيه نظر فانهم في مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على ابائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان ارادوا الحاقهم بالقياس فلا حاجة بل لا ينبغي ان يعلل حولهم فانهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهما الاجداد ويعتبره في عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه في عموم المجاز في الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان يحتاط في اثباته وقوله ولهذا يقوم الجد عند عدمه مقامه في الوراثة وولاية النكاح والتصرف في مال ولد الولد هذا ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان اقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الابوان **قوله** اما الزوجة الخ عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث اضاف ايجاب النفقة الى العقد فهو اضافة الى العلة البعيدة فان المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا **قوله** فكما لا يمتنع الخ الاحسن ان يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب هو المطلوب بل اخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على الانفاق على نفسه محل نظر اما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا امره بالمعروف من ذلك **قوله** ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم اظهار لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لان النفقة اي نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعني بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد ان قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه يتعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا يقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسياتي الكلام عليه **قوله** فاعتبرنا في الاعلى وهو دوام ملك اليمين اصل العلة وهو القرابة المحرمة وفي الادنى وهو النفقة العلة المؤكدة بالتوارث وهذا في الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعني انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث وشرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فاوجب رفعها بلا مؤكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فانه لم يدفعه ح بلا مؤكدة ثم قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم فالحق في الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمي لانا نقول بل هو اثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلي لا ان نفيه مضاف الى اللفظ **قوله** لان لهما تاويلا في مال الولد ليضيفان ملكهما بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسياتي في باب الوطي الذي يوجب الحد واخرج اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رض قال صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذي فان قيل هذا يقتضي ان له ملكا ناجزا في ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه البيهقي عنها مرفوعا ان اولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور واموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه مؤول انه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولد ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين

والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز

كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الأرحام وبه قال الشافعي وأحمد والحق الاستواء فيما تعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لأن الوجوب علق فيه بالإرث ولهذا يثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فإن كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لأحد على ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع إيسار أو لا والمجرى فيه الخلاف لسابق شمس الأئمة السرخسي والحلواني وعن أبي يوسف قال إذا كان الأب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إليه لئلا يضيع ولا يخشى عليه الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يهلك على نصف بطنه وقال عمر رضي الله عنه كلوا في بعض بطونكم تعفوا اهـ وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه لا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية كما قلنا وفي رواية إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضا أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة أما إذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث كما لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وإن سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وإن كان ميراثه لأخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث وإذا كان للفقير والد وابن ابن موسران فالنفقة على الوالد لأنه أقرب وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة إن كان الميراث بينهما لقرب البنت فإذا استويا فالنفقة عليهما إلا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان وإذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وإن كان الإرث لولد الابن وكذا إذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهو على الولد لاستوائهما في القرب يترجح الولد باعتبار التأويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما للاستواء في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط وإذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقته وقال الأب أنا معسر ذكر في المنتقى أن القول للأب والبينة بينة الابن قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم أي واجبة يجبر عليها فهو من حذف المجبر لقرينة لا من الإخبار بإيجاب. والمجبر يأتين عن الجبر بوجوب تعلقهما كون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال أحمد في كل وارث محرما كان أو لا وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالإخوة والأعمام ووجهه أنه يجعل الإشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لا لإيجاب النفقة فلا يبقى دليل على إيجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يخص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الإشارة المقرونة بالكاف فإنها بحسب الوضع للبعيد دون القريب ووجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فتقييد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فإن قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة أجيب بأنها مشهورة واستدل على الإطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا ابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يا رسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ثم الأقرب والأقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالإرث ولا يخفى أن الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلا لأنه جواب قول السائل من أبر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الأفضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف

فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال العبد الضعيف هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير

بخلاف الاول وليس هذا معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفي ان تجب على غيره فيثبت بالحديث عند من لا يقول بمفهوم الصفة على ان لقائل ان يلتزم ان الوارث اريد به القريب غير به خصوصا على رايكم وهو ان كل قريب وارث لتوريثكم ذوي الارحام مع قولكم ان المراد به اهلية الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا ان يثبت قولنا نقطع بان ايجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لان التحريم انما يثبت للوصل وهو الظاهر لما تقرر انه سبب التحريم في المحرمات من القرابات لان الافتراض اما مدم وصل او يؤدي اليه **قوله** فان القادر على الكسب غني بكسبه وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا اخذ في البالغ الذي يجب لنفقته من غير الولاد الزمانة حيث قال والابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر موسر على نفقة احد من قرابته اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب الا في الولد خاصة وفي الجد ابي الاب اذا مات الولد فاني اجبر الولد على نفقته وان كان صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يؤيد قول شمس الائمة السرخسي بخلاف الحلواني على ما قدمناه **قوله** لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار بطريق انه يفيد عليته ما خذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها مثاله اذا كان له اخ شقيق او لاب واخت شقيقة او لاب فالنفقة عليهما اثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان ميراثهما منه كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما اخ لابوين او لاب او عصبة آخر فالثلثان على العاصب ولو كان الاخ لاب واخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب اه **قوله** وجه الفرق اي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن **قوله** فاختص بنفقته لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ ليس للاب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم **قوله** على الاخوات المتفرقات بان تكون اخت شقيقة واخرى لاب واخرى لام اخماسا ثلثة اخماسها على الشقيقة وخمس على التي لاب وخمس على التي لام لان ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن **قوله** غير ان المعتبر اهلية الارث هذا هو الجواب الذي اسلفناه وقدمنا تقريره وايضاحه ان حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن قام به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم او عمة فان النفقة ح على العم لاشتراكهما في المحرمية واحراز العم الميراث في الحال لو مات فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال اثلاثا على العمة الثلث و يجعل المعسر كالميت والحاصل ان قوله اهلية بالميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم اما اذا ثبت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم واذا اتفقوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر ارثهم كان ليس معهم غيرهم **قوله** ثم اليسار مقدر بالنصاب اي بنصاب الزكوة على ما روي عن ابي يوسف وعن محمد روايتان احدهما بما يفضل عن نفقة شهر والآخر بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه اربعة دوانق وجبت عليه الدانقان للقريب ومحل الروايتين على حاجة الانسان

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملكه الام في النفقة ولابي حنيفة رح ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان

ان كان مكتسبا لا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فينفق فضل الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه ومال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المودي تبديل الايزار وتيسير الاداء اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق ومال الحلواني الى قول ابي يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكوة وبه يفتي واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة **قوله** والفتوى على الاول اي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة لما كانت حق الآدمي لنفسه تعتبر محض القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق تجب لله تعالى بسبب الآدمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من اليسر ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا انفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب ان يعول عليه في الفتوى **قوله** واذا كان للابن الغائب مال عند ابويه فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له ان يأخذ اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم ان ينفقوه على انفسهم اذا احتاجوا **قوله** قد بينا الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقته في مال غائب الا لهؤلاء وهي قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم **قوله** وان باع العقار لم يجز ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا **قوله** لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ وقرر في النهاية وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما فيه تحصينا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشد ليس معتبرا في انقطاع ولاية الاب فانه اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يونس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى امكنه ان يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قال في جواب ابي حنيفة رح هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف في باب الحجر **قوله** وكذا لا تملكه الام في نفقتها مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضي ان يحكم به مع عموم ولايته **قوله** ولابي حنيفة رح حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ وليس له البيع لكن نقل في الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ووجه رواية الاقضية ان معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الاتفاق فتاويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها اما بيعها لنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ **قوله** فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى لا ضمان

فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضى بالاستدانة عليه لان القاضى له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا فى ذمته فلا يسقط بمضى المدة **فصل** وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام فى المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله

عليه ولو مات الغائب حل له ان يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفى النوادر لو لم يكن فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى لا يضمن استحسانا وقالوا فى رفقة فى سفر اغمى على احدهم او مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم غلاما وصلوا سألوا محمدا فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وانفق فى تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا فى عبد ماذون مات مولاه فى بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ فى مسجد له اوقاف ولا متولى له فقام رجل من اهل المحلة فى جمع ريعها وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصير والحشيش لا يضمن استحسانا **قوله** فظهر الخ يعنى اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما **قوله** فمضت مدة سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضى مامور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كلما مضى يسقط لم يكن استيفاء شئ ومثل هذا قدمناه فى غير المفروضة من نفقة الزوجات **قوله** لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة ومن هذا ما قدمناه من انه لو اعطاهم نفقة او كسوة فسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك فى حق الزوجة ليس عليه اخرى حتى تنقضى مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا للحاجة بل لاعتباسها فى تلك المدة و بالتلف قبل مضى تلك المدة لم ينتف الاحتباس عنها **قوله** الا ان ياذن القاضى بالاستدانة فلا تسقط وان كان فى نفقة ذوى الارحام لما ذكر فى الكتاب ما ذكر فى زكوة الجامع ان دين لنفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكوة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله فى نفقة الاقارب ما اذا اذن القاضى فى الاستدانة واستدانوا لحقتهم الحاجة الى قضاء الدين اما اذا لم يستدينوا بل اكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسى وحكم به كثير من القضاة المتاخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به وقيل محمله اذا قصرت المدة بان يكون شهرا فاقل والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته عليه اجماع العلماء قيل الاشبه والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا لا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الاخر بغير اذن القاضى وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا انفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان انفق احدهما فى مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير امر القاضى فهو متطوع كذا فى الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل فى يده امة ان هذه حرة قبل القاضى هذه الشهادة او ادعت الامة او جحدت وضعها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذى كانت فى يده انتهى ولو ان عبدا صغيرا فى يد رجل فقال لغيره هذا عبدك اودعته عندى فانكر يستحلف او ادعاه ثم لم يقض بنفقته على من هو فى يده لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه فى يد نفسه القول له فى الرق والحرية والحديث الذى ذكره فى الصحيحين من حديث ابى ذر انه عم قال هم اخوانكم

على نفسهم وكان لها كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رح انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم ورواه ابو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رض قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلوة الصلوة اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد من جنس ما تاكلون وتلبسون لا مثله فاذا البسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله اعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد قوله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا على انفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له ان يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا ابى ان ينفق عليه قوله بان كان عبدا زمنا يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن ان يواجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام من ثبوته هنا اولى وكذا اذا كانت جارية لا يواجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدروا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء ولو اعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس منها محرم وان كان عصبة له كابن العم قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد اهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون اثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امراة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطعمتها ولا هي تركتها تاكل من حشرات الارض ولا هي اطعمتها وذكر المصنف انه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان يعني ما تقدم من رواية ابي داود لا تعذبوا خلق الله ونهيه عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه عليه السلام كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السوال وعن هذا ذكرنا انه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليها كالاملاك من الدور والزروع فانه يؤدي الى ضياع المال وعن ابي يوسف رح انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي رح ومالك رح واحمد رح وغاية ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك فرع وتجب النفقة على من له النفقة مالكا كان او لا فلو اوصى بعبد الرجل ورقبته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله لو اوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى انا ابنيها سكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطي ما غرم فيه لا يكون متبرعا وكذا لو اوصى بنخل لواحد وبثمرتها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي التتمة والتحفة ان بقي من ثلث ماله شيء فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليها لان المنفعة لهما واقول ينبغي ان يكون على قدر قيمة

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء **قال العتق** يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك

ما يحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل الا يرى الى قولهم في السلم اذا اوصى بدينه لواحد وبتمره لآخر ان النفقة على من له الدين لعدم ما وان كان قد يبلغ وينبغي ان يحصل كالحنطة والتبن في ديارنا الان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا اقوال فيما عن محمد في شاة في بنتها لجمعها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح اجرة الذبح على صاحب اللحم والجلد ونفقة المبيع قبل ان يقبض قيل على المشتري فيكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام في يده ويجوز وضع الغريبة على العبد ولا يجبر عليها بل ان اتفقا على ذلك [illegible]

كتاب العتاق

قوله اشترك كل من الطلاق والعتاق في ان فيه اسقاطا الا انه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع واما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا ميزت انواع الاسقاطات باسماء ليتسبب اليها مع اختصار وتسري اضافة البعض الى الكل وهذا ظاهر قولهما وعلى قوله بتأويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلاله بمقابله وهو النكاح ولانه يتعقب محله بشرط وجوده فكان متصلا به من بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان ان يملكه على اي وجه من اسحل الحرمة والنسب والسريان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم تذق حلاوتها العليا فصار كان لم يكن له روح قال تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ثم اثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب اهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع ايضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلوة الجمعة والحج والجهاد وصلوة الجنازة وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله اعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر قوبل احياؤه معنى باحيائه معنى اعظم احياء كما ورد به الاخبار عن سيد الاخيار من الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج اخرجه الترمذي في الايمان والنذر ورواه ابن ماجة في الاحكام والباقون في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وايما امرأة مسلمة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وروى ابو داود وايما رجل اعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزي مكان عظمين منهما عظم من عظامه وهذا يستفيد بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة ظهر ان عتقه يعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارة عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك احد من الاعصار وقيل للقديم عتيقا لقوة سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها القوة تأثيرا وباعتبار التقدم هو السبق بها بيت اوس بن حجر حيث قال على السن عتقت قديما وليس لها ان طلبت مرام يعني قدمت وانها لا ترام بحال وبعد بيان ان الله تعالى قد جلبت به على ذوي النهى بحيث بمعنى المعتق انه

ولا مالك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا لو قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية

سلف من قديم انه لا يقدر ولا يثبت فيه تجارته وكذا القول عتقت اذا سبقت تلك الفصل القوة والعتق ايضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه بمعنى الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكرناه يقال للكريم يعني الحسيب وقيل قالت امه لما وضعته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وقيل هو اسمه العلم فيمكن ان يكون سبب وضعه له الجمال او تفاولا بالحسب المنيف او بعده من الموت كل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة في معانيها واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قال المصنف هو العتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الآدمي كما قدمناه تابعا بالرق ولا تخفى ثبوت القوة الشرعية به تقدرية على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن ان يكون هذا المعنى من افراد المعنى اللغوي لو هو مما قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر هو بها لغة اعم من كونها في البدن او ما يرجع الى معنى آخر ولذا اطلقوه في تلك المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا انه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية والتحرير اثبات الحرية هو الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه يقال ارض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد انت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب الى الله تعالى واما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب ولم يشعر به عتق عند ابي حنيفة وكذا ان زال يده عنه بان هرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سيذكره وهو نفسه ركن الاعتاق اللفظي الانشائي وشرطه ان يكون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجد بلا اعتقاد ومن الكافر فقد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب او يرتد او يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد او القربة يكون فيها محمد تعالى فحصل ان العتق يوصف بالاحكام الخمسة الوجوب والندب والاباحة والتحريم ولذا في عتق العبد الذي لا لم يخف وذكرنا اجر تكثيره من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه واما ما عن مالك انه اذا كان اعلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه افضل من عتق المسلم لقوله عليه السلام افضلها اغلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه تمكين من مقاصده وتفرغيه واما ما يقال في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقاد والنشأة فلا يرجع عنها ولذا شاهدنا احرار الاصالة منهم لا يزدادون الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين واما التفريغ لتأمل فيسلم فهو احتمال والله اعلم قوله ولا يملك المملوك عن زفر ان مال العبد لمولاه العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر انه عليه السلام قال من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه احمد فكان ابن عمر اذا اعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وهكذا عمر من باب الفضل والجمهور على

وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لا يعتق لأنه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإذا قال لعبده أو لأمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان للإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله

ابن مسعود أنه قال لعبده يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقا هنيا فأخبرني بمالك فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الأثرم **قوله** وكذا إذا قال الصبي الخ وكذا إذا قال المجنون إذا أفقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا **قوله** لقوله عليه السلام الخ روى أبو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة **قوله** لأن هذه الألفاظ صريح فيه الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح الموضوع للحرية والعتق بأي صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الأصح وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرر عتيق معتق ولو في النداء كيا حر ويا عتيق فإنه كهذا حر والمولى كقوله هذا مولاي أو يا مولاي يعتق وإن لم ينوه ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لأن لا نوى غيره إلا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي أن يكون هذا إذا لم يكن هازلا فإن كان هازلا فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وإن نوى غيره وهو الكذب هزلا بهذا يستغنيه أصدره الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله وذكر محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا في ذلك فإنه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر أيضا محمد عن عمر بن الخطاب قال من تكلم بعتاق أو طلاق أو نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله عليه السلام إذا كان لقاتل اليسار سواء بمكسل لازمه أن يعين في عتقهما وقوله تصبح حرا أضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد تعتق في الحال ولو قال أنت حر النفس عتق في القضاء وإن قال نوى غيرها لك أو آواك أملاكك لا يعتق كذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال أنا أروي أنه يعتق إذا أراد به الحرية وعن أبي يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد وبادني تأمل يظهر أن لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن أحمد أنه صريح واستبعد **قوله** لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا على وجه تبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمارة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قال الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية **قوله** فأغنى عن النية يعني أنه لا يشترط النية لثبوت العتق أما نية عدمه بأن ينوي به شيئا آخر فمعتبرة فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما ستذكر **قوله** والوضع أي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الذي معين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعل لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من وضعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لأن أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى أعني تحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ فقوله فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك أنه الشارع ويفيده

ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي بثبوته تصديقاً له فيما اخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حراً ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخباراً عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع منه فيعتق ذلك القدر

قوله كما في البيع ايضاً وجب ان المراد بجعل الشارع تقريره وكذا في الطلاق والعتاق وقد تقدم في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب فيه ان الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحاً للاخبار وتحقيقه وكلام الكافي في العتق ايضاً مثله وهو يقتضي انه على خبريته لم يجعل انشاء اصلاً وعلى ما قرره المصنف في الطلاق ونقله في البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان مراداً مشتبهاً والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو اذا كان استعماله له ابتداء بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به ايضاً والوضع يعهد باعتبار خصوص المخاطب والمتكلم لكن وضعاً جديداً فيكون ثبوت العتق عنده بحكم الشرع اقتضاء تصحيحاً للاخبار وكما مضى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء فالتقرير فيه ان يثبت وضعاً له او اقتضاء على ما سيذكر المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك او بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة الملك الا انه اذا اوجبه لآخر يتوقف على قبوله واذا اوجبه للعبد يكون مزيلاً بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد اما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول **قوله** ولا يدين لانه خلاف الظاهر بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حراً في وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولداً لا يدين كذا في الغاية

فرع في البدائع رجل اعتق عبده سالماً فاجابه آخر فقال انت حر لا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالماً عتقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا يخاطب الا سالماً وفيه قال لعبده انت حر او لزوجته انت طالق وقال نويت العتق والطلاق دفع لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا انها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتتوقف على النية ولو قال انت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار حراً في شيء صار حراً في كل الاشياء **قوله** هذا هو حقيقته وتكلم في النهاية في مواضع او لها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه ثبت من جهته فيقتضي بثبوته تصديقاً له وسنقرره من بعد اي في مسألة يا ابني ثانيها فيما اذا لقبه حراً ثم ناداه يا آزاد او ناداه يا حر انه يعتق فقال لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخباراً عن الوصف المذكور وهذا معاً يفيدان ان عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فثبت تصديقاً له ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمناً فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فيثبت الحرية تصحيحاً للكلام وهذا يفيدان ثبوتها اقتضاء تصحيحاً للاخبار الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا اخي حيث لا يعتق فسنذكره وفيه في ثبوت الاعتاق قيداً آخر وهو ان يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادى يمكن اثباته من جهته كالعتق وان لم يكن فيه كما ذكرنا استحضار والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق من مائه كان ابنه قبل النداء لا به **فرع** في جامع الفقه قال لعبد غيره يا حر اشتراه يعتق قيل هذا نقض القاعدة اجيب بانه يمكن اثباته حال النداء بان اعتق عبد غيره واجاز المولى فانه يعتق **قوله** لان مراده الاعلام اي اعلام العبد باسم علمه ليعتبر بندائه وهذا اذا كان علماً له معلوماً فيكون قصده استحضار الذات هو الاحتمال ودون الظاهر فلا يعتق الا ان يريده فيعتق **قوله** او قال لامته فرجك حر الامة لان قوله للعبد وفرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك على حرام لم ينو العتق لا يعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي لسانك يعتق لانه يقال هو لسان القوم

وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني

وفي الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن وفي العتق روايتان والأولى ثبوت العتق في ذكرك حر لأنه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وقال لفحل ذكره هو ذكر منهم **قوله** وسيأتيك الخلاف فيه عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة تجزي الإعتاق الآتية **قوله** ولو قال لا ملك لي عليك شروع في الكنايات الحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقوله لأمته أطلقتك أو أنت حرة وقال لعبده أنت حر عتقت في الجميع إن نوى ولو قال أنت لله أو جعلتك لله خالصا روي عن أبي حنيفة لا يعتق وإن نوى لأن الأشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق وعندهما أنه يعتق لأن الخلوص لا يتحقق إلا بالعتق والثاني نحو أن يقول لعبده بنت مني ولأمته بتي مني أو حرمت علي وأنت بريئة أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اعزبي أو استبري أو تقنعي أو اذهبي أو اختاري فاختارت نفسها لا يثبت العتق بها وإن نواه وكذا طلقتك كذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر وكذا إذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى وفي المنتقى اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد يتحقق فلا يعتق وقال بعض المشايخ يعتق إذا نوى كقوله لامرأته أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا إن نوى الإيلاء **قوله** لأن السلطان عبارة عن اليد قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد السلطنة اليد لكن كلام المص يفيد أنه التحقيق من التساهل والتجوز فإنه قال وسمي السلطان به لقيام يده فإنه يقتضي أن المعنى الحقيقي الأصلي للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما يسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة واليد لقول ابن عباس كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد فإذا قال لا سلطان لي عليك فإنما نفى الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب بخلاف نفي السبيل لأنه نفي الطريق والطريق السلوك لا يراد حقيقته فجعل كناية عن الملك لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره وتلك في العبد يتوصل به شرعا إلى إنفاذ التصرفات فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أراده بخلاف السلطان فإنه اليد فنفيه نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك يثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز وكذا لا حجة لي عليك واعلم أن بعض المشايخ مال إلى أنه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك وبه قال الأئمة الثلاثة وقال بعض المشايخ إنه ليس ببعيد وعن الكرخي رحمه الله في عمري لم يتضح لي الفرق بين السلطان والسبيل ومثل هذا الإمام لا يقع له مثل هذا إلا والمحل مشكل وهو به جدير أما أولا فلأن اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فإذا قيل له سلطان أي يد يعني الاستيلاء وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بأدنى تأمل وأما ثانيا فالمانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي ولا بد وفي ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة فإن المعنى الحقيقي فيها يصير من أفراد المعنى المجازي كذا هنا يصير زوال اليد من أفراد المجازي العتق لم زوال الملك

وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله فاذا كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان كان للغلام نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظه في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل

فالذي يقتضيه النظر كونه في السلطان من الكنايات **قوله** وثبت على ذلك قيل هذا قيد اتفاقي لا معتبر ولذا لم يذكره في المبسوط وذكر في الينابيع الثبات ليس بلازم وفي النهاية رأيت بخط شيخي وفي شرح القدوري لابي الفضل انما قيد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفي اصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك اوهمت او اخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز اصر على ذلك ام لا قالوا هذا في معروفة النسب اما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والا جاز قال في المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب دون العتق لان ثبوت النسب يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق ... ما سمعت من التزوج بمن اقر بنسبها في مختصر الكرخي اذا اقر في مرضه باخ من ابيه وامه او ابن ابن او بعم وصدقه المقر به ثم انكر المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصى له لا شيء للمقر له لان المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابني هل تصير امه ام ولد له اذا كانت في ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب او معروف النسب وقيل تصير ام ولد في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير ام ولد وان كان مجهولا حتى يثبت نسبه منه صارت ام ولد له وهذا اعدل **قوله** اذا كان يولد مثله لمثله يعني اذا كان مثله في السن يجوز شرعا ان يكون ابنا لمثل المدعي في السن هذا هو المراد لا المشاكلة حتى لو كان المدعي ابيض ناصعا والمقر له اسود حالكا او بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب **قوله** وان كان ينتظم الناصر قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا عليه الصلاة والسلام واني خفت الموالي من ورائي **قوله** فتعين الاسفل فالتحق بالصريح اورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل يحصل له النصرة بهم على انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادي انا عنيت الناصر بلفظ المولى الدالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على ان المراد الاسفل ولا تعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة انتهى والجواب ان قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد ان اراد دائما منعناه بجواز ان ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومنعه ان المولى لا يستنصر بعبده لا ينافي ما استدل به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا اخرج امرا لا يستند في النصرة لعبده بل بني عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فاين دعاؤه اياهم لذلك من كونهم هم ينصرونه واما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه اراد الدلالة والكناية فغلط فنقول هذا الصريح وهو قوله اردت الناصر بلفظ المولى انما قاله بعد قوله هو ملحق بالصريح في ارادة العتيق فاثبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه لو اراد الناصر لم يعتق فاين المكابرة واعلم ان في المسألة خلافا فذهب بعض المشايخ انه لا يعتق في هذا مولاي الا بالنية وانه بين الصريح والكناية **قوله** وقال زفر لا يعتق في الثاني وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك واحمد لانه

بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهما انه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة رحمه الله انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا

يراد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي افادوا انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وكذا في يا سيدة قد قيل لا يعتق بهما وان نوى وقيل اذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في سيدة والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية **قوله** بخلاف ما ذكر وهو يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال بل لا يعتق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة لفرض ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز ان يريد مجازه الآخر وهو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوى بيا سيدي العتق عتق اما اذا لم يكن له نية صير الى الاخص الذي هو الاكرام لان نداء المالك لا يثبت مع الاحتمال الا بالنية بخلاف يا مولاي فانه حقيقة في الاسفل فيثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الآخر بالنافي **قوله** ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى بمطلوبية حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وان لم يكن تجرد للاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة المعتق الا تابعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي ان يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لعبده يا عمي يا خالي او يا ابي يا جدي او يا ابني او لجارية يا عمتي يا خالتي او يا اختي او لعبده يا اخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه يرتفع ما اوردناه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات لا اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ فيحصل اثباته مع النداء والا فلا شك ان الابنية لا يمكن اثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه او من ماء غيره فقول المصنف لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت الابنية الا بذلك التحليق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا على ان ثبوتها لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت للمقتضي يجب كونه خبرا صحيحا بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف وعلى هذا فما قدمنا تقريره في يا حر مساواة لعدم اختلاف الجواب فان الثابت الحرية فان قررت ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني او اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود واما الرواية عن ابي حنيفة التي ذكر المصنف شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني تحقيق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب **قوله** لهما ان هذا الكلام محال اي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو لغوه اذا عدلنا لم يجب حكما اصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق كما انه لما قال اعتقتك قبل ان اخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصل فان المجازي ليس محالا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا من سعد بابهما وحسب في البيت سعد فعجا الفروع ونحوه وبه يعرف ان استدلال المصنف كان في غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب العتق وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل اي الحقيقي فتحرير محل النزاع ان يقول اتفقوا على ان المجاز خلف عن الحقيقة بوجود معنى الخلف به والاصل ان لا يصار الى المجاز الا عند تعذر معنى الحقيقة او تعين المجاز بدليل آخر ثم اختلفوا في جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينهما في الحكم يعني ان الحكم الذي يثبت المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبت بنفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند ابي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول اوجه ان كان

او كان الحرية لازمة للبنوة في المولود والمشابهة في صحة الكلام من طرق المجاز فلما تعذر قبوله بحق عنه مجاز اعن الاقرار لعدم فلا ف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء بخلاف نحو ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش فانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثله فهو على هذا الخلاف ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

معنى الآخر بمجازا انهم لم يحكوا اختلافا سوى ان في جهة الخلفية حتى قيل يكون فيما ان في الاصل ايضا ان نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي او اللفظ الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام في تحرير قول ابي حنيفة يشترط صحة الاصل من حيث انه مبتدأ وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر العمل بحقيقته اي آخر ما ذكره ولا شك ان صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي انما هو في هذا ابني للاكبر اذ هو صحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لهما بانه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من امكانه الاستعمال لان الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السماء وشرب ماء في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما امكن البر في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد قرانيا الخلف يعتمد قياسه امكان الاصل وتارة بان الحكم هو المقصود باللفظ فباعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود هنا اولى من غيره واجيب من الاول بان توقفه على فهم الموضوع له ليس لذاته بل لانه طريق ينتقل عنه الى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج ونجيب عن الثاني ان تلك الخلفية من حكمين شرعيين وهي خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الاول وذلك فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم بالوضوء فلا يتصور شرعا خلف استحال اصله لانه لا يتعلق اذ ذاك ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحينئذ فلا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له اللفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا في غيره مما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر الا بحقيقته والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بان يحمل مرة فيما وضع له واخرى فيما لم يوضع له لم يعلم من جهة اهل اللسان انهم اشترطوا في ذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز به ولا يحتاج سوى الى ادراكه الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فانه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى محض فهمه ايضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان وجود معنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل من اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز رأيت اسدا فانه وزان هذا ابني للاكبر منه فان المعنى المركب الحقيقي مستحيل باستحالة كون الانسان اسدا والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته وما فوق به من ان هذا استعارة الجملة بخلاف هذا ابني فانه مجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق تجوز فيه تعين فيه وان لم ينوه ولا مزاحم كيلا يلغو كلام العاقل وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق عليه من حين ملكه استعمالا لاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا دخل في الوجود عتق ديانة وقضاء والا فعتق ولا تصير امه بذلك ام ولد له بخلاف اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق لانه لا طريق فيه للمجاز لغا فتعين لغو قوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره اخرجت جاب عن مقيس آخر لهما وهو ما اذا قال لآخر قطعت يدك خطأ فاخرجهما صحيحتين فانه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فاجاب بان لغوه ليس لتعذر الحقيقي

ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق ووجه الروايتين بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح

وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق إذا نوى

بل المتعذر كل منه ومن المجازي لأن المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الأرش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته الآن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ مجازا بالسبب عن المسبب والذي يمكن إثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع إيجاب المال به مطلقا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لأن الحرية لا تختلف في ذاتها حاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابني فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو قوله ولو قال هذا أبي الخ جواب عما قيل إنه يلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا فعند أبي حنيفة يعتق كما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف وقيل هو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق فإنه لا يعتق اتفاقا وهي أن هذا الكلام لا يوجب له في الملك إلا بواسطة الأب ولا وجود له في اللفظ قوله ولو قال هذا أخي أي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن ووجه الروايتين بيناه فوجه رواية الحسن على قوله أن البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف عنه جده وهو أن الأخوة سبب لعتق المملوك ووجه الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلى آخر ما ذكره وتقريره ههنا أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب أو الأم ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيده حكما ولأن الأخوة تقال لما بالنسب في الرضاع والدين فلا يتعين النسب إلا بدليل حتى لو قال من أبي أو من أمي أو من النسب عتق إذا عرف هذا فلا شك في صحة الأصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه فيرد عليه منع التعين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير إليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لأنه الأيسر كما قررنا في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء إلا بالنية فإن أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة ههنا ورد عليهم هذا فإنه لا يعتق به ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف إلى القرينة حتى لو قال من أبي ونحوه عتق وبأن العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو وليهما كان المجاز أولى وإن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الإكرام والنسب بخلاف العم فإنه لا يستعمل للإكرام عادة وهذا يكون ما أوردناه في هذا أخي فلا مخلص إلا بترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي ما نقلها المصنف قوله ولو قال لعبده هذا ابنتي فكذا اتفاقا قال لأنه هذا أخي لا يعتق وإن كان يولد مثله لمثله لأن الأول مجاز عن عتق في الذكر لأنه جهة البنتية حقيقة والثاني عنه في الأنثى فانتفى حقيقة لانتفاء محل ينزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا فالعدم لازم مشهور غير لئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجاز بين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البدائع أن الاتفاق على منعه اللهم إلا أن يعتبر المجاز عقليا في نفس إضافة البنت وكل من لفظ الإشارة والبنت وإيا حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالإشارة بالبنتية إلى مسمى إياه عن نسبة إليه بالعتق فيتعين الأول وما ذكره المصنف بيان تعذر حقيقته بطريق آخر وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وإن كان من خلاف جنسه تعلق بالمسمى تبين هذا الأصل في باب المهر وهو الذي أراد بقوله حققناه في النكاح والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان لأن الذكر والأنثى في الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى أعني مسمى بنت وهو معدوم ههنا لأن الثابت ذكر

وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله لأنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا على عكسه ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية

قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح كأنت مطلقة والطلاق والكنايات كما لو قال لأمته أنت علي حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت مني أو خلية أو برية أو حبلك على غاربك واخرجي وقومي واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها وتقنعي أو قال ذلك لعبده أو قال له طلقتك لا يعتق في ذلك كله وإن نوى بخلاف ما تقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله إذا نوى وعن أحمد روايتان أحدهما كقولنا والأخرى كقوله **قوله** لأن بين الملكين أي ملك الرقبة وملك النكاح موافقة **قوله** إذ كل منهما إلخ حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين أعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما أما الأول فلأن النكاح في حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأبيد له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى أنه يبطل به إذ هو لازم لملك المنفعة أعني الإجارة واستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الإجارة وأما الثاني فلأن كلا من التصرفين إسقاط الملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه وأما الأحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل ثبتت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فإن هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هي السبب وإنما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضي كالزوجة في حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب والتسلط عليها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا يصح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهي مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فما ناسب الشيء فقد ناسبه الآخر **قوله** ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه أي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعي كما لو قال اسقني ينوي به العتق أو الطلاق لا يقعان وإنما قلنا إنه لا يسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ في المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه فالأول منتف وكذا الثاني لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها وهذا ما يقال إن نوع العلاقة موضوع ووضع نقل اللفظ للمعاني المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة حاصل معنى قوله كل لفظ وضع بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلك أن تطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن ثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه في ذلك الجزئي أو نقل اعتباره فالمشابهة اعتبارها في علاقة المشابهة أن يكون في وصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه في المتجوز فيه فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص وإلا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره وإلى ما ليس هو فيه فالأول كالتجوز بالأسد للرجل الشجاع لعمومه مع اتحاد وصفان لازمان للأسد لعدم الشهرة بهما وشهرتها والثاني وجب أن لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز أكثر منه في محل الحقيقة إذا عرف هذا فنقول الإعتاق لغة هو إثبات ملك القوة لا إثبات نفس القوة بل هو إعدام ملك الإنسان إذ الإعتاق لغة إثبات القوة لا إلى عدم المقتضي إلا إلى قيام المانع لأن عدمه هو الأصل في عدم الحكم لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضي ولو سلم فالأصل عدم المقتضي فيبقى على العدم فلم يثبت وجوده ولم يثبت وجوده مع التكليف ممنوع بل تحرره لذلك المقتضي إنما هو عقلا فقط مجرد عن عالم غيب بل إنما يثبت

ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره

ثم هذا وان ذلك الملك مع الحرية فتمكن من السبب الشرعي والطلاق لازالة قيد النكاح ليعلم بهما القائم علاقة حتى يجوز التزوج والتزويج
هنا الا ان حكمها تحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها فلم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب فلا مناسبة بين
تخلفه فيها في محل ليحل الملك القائم عليه وبين اثبات الملك الحاصل بمحل علاقة يجوز التجوز وهي لا تكون مختصة بالتجوز عنه اى ظاهرة
مشهورة وثبوتها فيما نحوى منه في محل المجاز المشبه بل ههنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته في العتق اكثر واوفر منه في الطلاق
والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الاكثر استعمالا واشهر فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لو قوعه على وفق الشرط المذكور
لو امتنع حكمه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سببا لزوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب في المسبب بخلاف قلبه فانه السبب
في المسبب وهو ممنوع الا ان يختص الا بالمسبب عن سبب المعين فلا لازم فلا علاقة ما قيل ليس سببا ايضا بدليل ان الامة لو كانت متزوجة
فاعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة فانه مبني على ان المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما
قبلها الا ترى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وبعد من يلتزم انه يوجب حدثا آخر يمكن ان
يقال اوجب العتق حرمة اخرى للمتعة فيمن علما قبل الكنايات منها ما يقع العتق بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك او ملكتها او وهبت لك نفسك
وبعتك نفسك فيعتق اذا قبل نفسك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فخالفت
غيرها وبعضها لا يقع الا بالنية كما تقدم فمنها ما لا يقع وان نوى كالفاظ الطلاق وكناياته والتحقيق في مثل الاول ان يقال انه ملحق بالصريح كما في الهداية
من حيث ان ما سوى العتق ما تخلفت اداته فيتعين فالحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فيتعين المعنى المجازي
بلا نية مثل ان الصريح يتعين للمعنى والاقبسبان صريحا وبه قال جماعة وهو الحق وقد اظهرناه في كتبنا **قوله** ولو قال ما انت الا حر
عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في
الاول وقد بيناه في الاصول انه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا لكونه اثباتا مؤكدا مخلوا ورود بعد النفي بخلاف الاثبات المجرد

قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع
وهنا يقتضي انه لا ينوي كما لو قال رأسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسألة منقولة من نوادر ابن سماعة لو قال رأسك
رأس حر عتق فقد افاده وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي المنتقى لو رآه
تمشي فقال هذه مشية حر وتكلم فقال هذا كلام حر لم يعتق الا ان يقول اردت العتق وهذا قول ابي يوسف وقال الحسن بن زياد يحمل
ونعتقه يعتق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال جسمك حر او ملكك حر وعلم انه من سبي لا يعتق
لانه صادق وكذا لو قال انما انت حر وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو قال نزعتك من ابن الحجاج فهي حرة في القضاء ليسعه فيما بينه
وبين الله تعالى لا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال لست لي كنت حرا وكذا ولو كما تقدم

فصل اعقب العتق الاختياري بالاضطراري **قوله** وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائي عن ضمرة
بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه

والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيرهما له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس ولا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاء فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لا اثر له وهذا لان القرابة التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا اسند الحديث ثقة فلا يضر القرآن به ولا ارسال من ارسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة بن معين وغيره وان لم يخرج له في الصحيحين واما الحديث الثاني وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فاخرجه اصحاب السنن الاربعة من حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة وحماد فقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد فقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروي من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن سهيل عن المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا فاراد ان يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط ان ابن عباس قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته واني اريد ان اعتقه فقال عليه السلام ان الله قد اعتقه **قوله** والشافعي الخ وبقولنا قال احمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قال اكثر العلماء قال روي ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وابو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق وداود الظاهرية وقال مالك لا يعتق في قرابة الولاد والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله عليه السلام لن يجزي والد ولده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد احصاهم وعدهم عدا يثبت به ان الابنية تنافي العبدية فاذا ثبت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما تقول اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه والتعقيب حاصل لان العتق يعقب الشراء وانما اثبت له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستحقاق البنوة **قوله** ان ثبوت العتق من غير مرضات المالك في الولاد ينفيه القياس على غير القريب من البعيد وعلى سائر الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضاه اختيارا اولا لا يقتضيه القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الا من لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق اي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال اي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات لان القرابات ثلاث ولاد وغير المحرمية وعدمها كابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو اشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني اشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان حاشيتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية واما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب وكذا في هذا الحكم **قوله** ولنا ما روينا فتضمن معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل لا ثابت النص

ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدر به على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا للمقصود والعتق يتعلق عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا عجز عنه واذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

تقريبه ملك قريبة قرابة موثرة في المحرمية فيعتق عليه كما في الولاد وهذا معنى كونه قرابة موكدة في المحرمية هي المؤثرة في الاصل وهو قرابة الولاد يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ولو سلم فغايته ما منع ان اثنا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه بجواز ان يعلل الاصل بعلل اخرى متعدية الى ما لم تعد اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهر اثرها في جنس هذا الحكم وهو منع ملك النكاح الذي هو ادنى الملكين فلان يؤثر في رفع اعلاهما وهو ملك الرقبة اولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص ايضا يدل على تعيينه وهو ما رويناه فانه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف ان هذا يفيد الغاء ما عينه وقول المص حتى وجبت النفقة الزام مختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك الزمه به غير معتبر خلافه وكانه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوي قد يصل وكثيرا ما يرسل ومعلوم انه اذا ارسل فلا بد ان يكون عن واسطة وغاية الامر انه عين الواسطة مرة وترك اخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك واحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وانت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت من غيرهم خلافهم فثبتت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فلا يبالي فعدم اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشبهية ولا اثر له ولو كان صحيحا عنده فالمعنى الذي ظهر اثره في جنس الحكم اولى منه فكيف مع النص على نقض حكم الفرع **قوله** ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق بينهما اذا كان العبد مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمة وقيد بقوله في دار الاسلام لانه لا حكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب او عتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا اعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا اعتقه وخلاه قال في المختلف يعتق عند ابي يوسف وولاؤه له وقالا لا ولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثم القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب لا يجري عليه احكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه احكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهذا النص على انه دخل هناك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه احكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة المؤنة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين **قوله** والافتراض عند القدرة جواب عن اعتباره لعدم المكاتب قال علة العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد مما ينتظم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الحرية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع اجزائه على ان عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الآخر وهو قولهما فقلنا ان تمنع والجواب عن الشهادة والزكوة ان عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد **قوله** وعتق المكره والسكران واقع في المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لا يزيل الا الرضاء والعتق لا يتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق **قوله** اما الاضافة الى الملك كان يقول ان ملكتك

فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلماً عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها إذ هو متصل بها ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعاً لما فيه من قلب الموضوع ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز

أو ملكت عبداً ونحوه فهو حر فيصح خلافاً للشافعي أي وحده فإن مالكاً لو نص على غيره كذا من أحمد وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب إليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك **قوله** فيجري فيه التعليق لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله إنما الخلاف في أنه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبني على انعقاد المعلق سبباً في الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط **قوله** وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلماً عتق سواء خرج سيده بعد ذلك مسلماً أو لا وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق وبقولنا قال الأئمة الثلاثة وقال الأوزاعي إذا خرج سيده مسلماً بعده فهو له ظاهر الرواية إذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بعد ذلك ثم أجيب بأنه لم ينقل هذا العموم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج إليه مسلماً من عبيد أهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر وبدعوى فسخ تملكهما لكافر قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في اتجاه الإيراد وهو مما يصلح دليلاً للنافي والجواب لا يخفى **قوله** لقوله عليه السلام في عبيد الطائف أخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي رضي الله عنه واللفظ لأبي داود قال خرج عبدان بكسر العين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هرباً من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم إليهم فغضب عليه السلام فقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم واحداً واحداً أبو بكرة ووردان والمنبعث والأزرق ومحسن النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق كل هؤلاء أعتقهم عليه السلام فلما أسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء أن يردوا إلى الرق فقال عليه السلام أولئك عتقاء الله لا سبيل إليهم وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم عن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكرة أنه خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبداً فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل أبي داود فلما أسلم مواليهم ردّ النبي صلى الله عليه وسلم الولاء إليهم وفيه مجهول وأخرجه البيهقي مرسلاً وقال ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله ورد على كل رجل ولاء عبده **قوله** ابتداء احتراز عن بقاء الرق فإنه يبقى بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه **قوله** عتق وبهذا جماع الأربعة ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافاً لأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين وقد روي عن ابن عمر وأبي هريرة فإنهم لا يجيزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله ولو عتق أمه تبعاً له وقال أبو يوسف إذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لأنه كالمنفصل في حق الأحكام حتى تنقضي العدة ولو مات في هذه الحالة ورث بخلاف المولودات قبل خروج الأكثر **قوله** ثم إعتاق الحمل صحيح عند الجمهور خلافاً للظاهرية ولا يجوز بيع الأم إذا أعتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصداً فكذا حكماً بخلاف الهبة **قوله** لما فيه من قلب الموضوع وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس حتى قد يقال هذا أيضاً لو كان عتق أم الولد تبعاً لعتق ابنها بالنص وهو منتف إذ هو قد يعتق عتقه وهو مع سابقة رقه وليس كذلك لا يتعلق حرا فلا يرد نقضاً لا يصح على أن الولد إذا خرج بالنص على خلاف القياس ويشكل أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه **قوله** والقدرة

على ما مر في الخلع واما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

عليه اي على التعليم فلما لم يجز بيع الآبق لم يجز عتقه **قوله** على ما مر في الخلع الحوالة غير راجحة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا وهو حيث يجوز اشتراطه بدله على اجنبي ان العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك اي شيء بعيض ولا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك فصلها الا به وذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فلذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يصح بطريق الكفالة لانه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل وكذا لو قال لامة اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر عتق بلا شيء لانه لا يجب على ابنه شيء بسبب غيرها **قوله** لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق فلو جاءت به لستة اشهر فصاعدا منه لا يعتق الا ان يكون عليها توأمين جاءت باولهما لاقل من ستة اشهر ثم جاءت بالثاني لستة اشهر او اكثر او يكون هذه الامة معتدة عن طلاق او وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق حتى فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين اعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة اشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن حر يكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة اشهر فلا شيء عليه لانه عبده كذا ذكره **قوله** فيعتق عليه لتحقيق انه يعلق حرا لا انه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع لان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماء حرة وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير لان ماءها مملوك لغيره فتحقق المعارضة فيترجح جانبها بانه مخلوق من مائها بيقين بخلاف الرجل ولهذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي من الاب ويثبت النسب منها بالزنا وبعد اللعان حتى يتوارثان دون الاب وكان الحكم اولى بالاعتبار عند التعارض او لاستهلاك مائه بمائها لانه في موضعه ويزداد قوة منها منه او ترجح بالحضانة والتربية او لانه قبل الانفصال كعضو منها حتى تدخل في بيعها واعتاقها ولا يستثنى من بيعها والزوج رضي برق الولد حيث اقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلهذا قلنا يعلق حرا في صحيحه تبعه **قوله** كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية اورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما والرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه الم يقم به مانع سلب الولاية على النفس وهو حكمة فاول ما يوجد الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك حكم يتعلق بالجاه والحيوان والرق مخاص بالانسان وبالبيع يزول عنه الملك ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فتبين بهذا انه يتبع الام في الخاص والعام ولهذا اذا تولد بين الماكول وغير الماكول كالحمار الاهلي مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الملكية في شخص فمنها الملك في القن ورق ام الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل والمكاتب ملكه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر هذا اورد ان الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان ينفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته وبكماله

باب العبد يعتق بعضه

وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله لهما أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره

والحاصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد وفي النسب يتبع الأب وفي الدين يتبع خير الأبوين دينا والله تعالى أعلم

باب العبد يعتق بعضه لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمس منها إلى ما يندر وجوده وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله **قوله** إذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وتعتبر قيمته في الحال والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الأجرة ذكره في جوامع الفقه وفي المحيط إذا امتنع عن السعاية فعل ذلك إذا كان له عمل معروف وهو صريح أن معنى الاستسعاء غير هذا وإنما يصار إليه عند امتناعه فتكون الإجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر أن هذا إذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده ويسعى في خمسة أسداسه وقوله عتق ذلك القدر يعبر بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فإنه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قوله وقالا يعتق كله فإنه عن زوال الرق أي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رحمه الله وأصله أن الإعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني فيما إذا كان المولى واحدا وكان لشريكين والمعتق موسرا أما إذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الإعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع فإنهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فإن القائل العتق أو الإعتاق يتجزى لم يرده بل المعنى الذي يثبت به قائل إنه لا يتجزى وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك أو إزالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه أو الإعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس إلا فيما يوجبه الإعتاق أولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل نظيره حكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها متجزى وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والإنكاح لبنته ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجز قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وح فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولا زوال الملك أو الرق لأنه محل النزاع والوجه ينتهض لأبي حنيفة أما المعنى فلأن تصرف الإنسان يقتصر على حقه وحق المالك الملك أما الرق فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالإعتاق زوال الملك أولا ثم يزول الرق شرعا الملك إذا كان تمام الإزالة لا إلى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى إعتاقا وإلا لكان البيع والهبة إعتاقا فإنه إنما يلزم لو كان البيع والهبة زوالا لا إلى مالك لأن ذلك هو المسمى بالعتق لا إزالة الملك كيف ما كان وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه وإلا فقد عتق منه ما عتق أفاد تصور عتق البعض فقط فقول أيوب لا ندري أشيء قاله نافع أو هو شيء في الحديث لا يضر إذ الظاهر

وجه الاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد

بل الواجب انه منه فلا يجوز ادراج مثل هذه من غير نصب قاطع في افادة انه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يوجب في الحديث علة قادحة وكذا ما رواه البخاري ايضا عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه اي لا يغلى عليه الثمن افاد عدم سراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر واما ما روي لنا من حديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقط عتق كله فانما يقتضي عتق كله اذا كان له مال يبلغ قيمته وليس مقتضاها ذلك بل انه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه كان له مال او لا فقد افادت الاحاديث ان العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوب السعاية فان وردت في العبد المشترك واستدل ايضا بدلالة الاجماع وهو ان المعتق اذا كان معسرا لا يضمن بالاجماع ولو كان اعتاق البعض اعتاقا للكل مع انه اتلاف الضمن مطلقا كما اذا اتلفه بالسيف او بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضاء فانه يضمن موسرا كان او معسرا لكن قد يقال في هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم ان يكون المراد بالعتق في قوله فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروي عن علي وعمر بخلاف ما قيل ان قول عمر قولهما فقد اسند الطحاوي الى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فابلى فيها وكان بيني وبين امي واخي الاسود فارادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ عبد الرحمن فان رغب فيما رغبتم اعتق والا ضمنكم اثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه بعد ان ثبت في العبد اعتاقهما وانما قلنا ذلك لان الرق لا يتجزى عند احد فيلزم المطلوب وهو ان النازل بالاعتاق بالذات زوال الملك واذا ثبت ذلك لزم في اعتاق بعض العبد الخاص به ان يعتق ذلك القدر اي يزول ملكه عنه ويبقى كل الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر ان ما زال بالاعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعا ان لا يبقى في الرق لزم ان يسعى العبد في باقي قيمته لا عتبار مالية الباقي عنده وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على اداء البدل وكونه احق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله الا انه يخالفه في انه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب ان المستسعى زال الملك عن بعضه لا الى مالك صدقة عليه فانما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قهرا بخلاف المكاتب فان عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا اذا اعتق امة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك ان يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم اعتق ولا يضمنه شيئا من قيمة الولد لانه ما صنع في الولد شيئا ولانه لم يثبت حق الشريك في الولد لانها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة احق بولدها كما انها احق بكسبها والاعتراض بانها ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه واذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك ان ما ذكره من الحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لانه ان اريد الحاق ازالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على ان الرق لا يتجزى وان اريد الحاق ازالة الملك بها فيه فغير صحيح لانهم وغيرهم لا يقولون بانه لا يتجزى واقصى ما يمكن في تقريره ان يجعل الحاقا لزوال الملك لا الى مالك في عدم التجزي بما يتبين فيه ان المتجزي زوال الملك الى مالك لا الى غير مالك الحاقا بالامور المذكورة فان في الطلاق زوال ملك لا الى مالك وفي العفو زوال حق لا الى

وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فإن كان موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رح

آخر والاستيلاد وزوال ملك كذلك أعني ملك بيعها وهبتها وايجاب أو لا لأنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزي في الأصول لعدم التصور إذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدة ونصفها لا ولا إسقاط نصف حق القتل على القتل لثبوت حقه لا نصفه فيعملا ثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزي فيها لأن الزوال لا إلى مالك بل لأن أثر لكون الزوال إلى مالك أو لا إليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة أي ليس فيهما إلا زوال كليهما أو بقاؤهما فاثبتناه في الكل أي فاثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو الحرمة فإنه اجتمع فيها موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما الاستيلاد فمتجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر حتى لو مات المستولد يعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وإنما كمل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالفساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية لنفسه فثبت عدم التجزي ضرورة **قوله** وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق أي زال ملكه عنه فإن كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه منجزا ومضافا وينبغي إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافة إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرح به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وإن شاء ضمن المعتق قيمته إذا لم يكن بإذنه فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له وإن شاء استسعى العبد فيها فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين أي في الإعتاق والسعاية وهذا كله عند أبي حنيفة رح هكذا ذكر في الأصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعى وأن يكاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد على السعاية يؤاجره جبرا ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين لا يجوز إلا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر وكذا لو صالح على عرض أكثر أو إن كان كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين أولى لأنه أنظر ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار قبل هذا في موضع ليس فيه قاض فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للمولى اختيار العتق لأنه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة فليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداء وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء كان الولاء مضيفا لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى إذا لم يكن على العبدين فالخيار للمولى لأن كسبه ملك المولى في هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الإعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحا وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياضه عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والإعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت التضمين فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر فلا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه فإن كان العبد قائما نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذا لو كان أراد

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزؤ الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده ويمنع عندهما لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة

ان يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل انت موسر نظر الى حاله يوم ظهور العتق اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال اولانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كالمستاجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق كان سابقا عليه في مدة قد يختلف حاله فيها فالقول قول المعتق في انكاره يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يريد ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعى الغلام بعد ذلك والا فله ذلك قيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت في الورثة فان شاؤا اعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان تمليكا لاصله الى المورث وان اختاروا الاعتاق والاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من اولاد الميت دون الاناث لان المعتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من اولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث حتى لو اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختاره من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين او على الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك الا بالارث فكذا لكنهم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم فلا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث ان يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه وليس له ان يختار الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين متعلق بشرط وهو ان يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه كان بالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باع نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك مقصود وهو غير محل له وفي جامع قاضي خان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق من تركته في قول ابي حنيفة رحمه الله بل يسقط لان الضمان يجب بطريق الصلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اي للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق قال المصنف وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزؤ الاعتاق عنده وعدمه

يمكنه احتباس ماليته ضمنا للعين الى ان يصل اليه الضمان كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

وعدمه عندهما فيسعى فهو حر مديون وتقدم بيانه والثانى ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما فيه ان جميع النصوص التى ظاهرها تجزى الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فليته خلاصه فى ماله وقوله عليه السلام من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه فى ماله ان كان موسرا فى الصحيحين كذا مما انفرد به البخارى عن مسلم من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتى ظاهرها عدم تجزيه كحديث ابن المليح عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه رواه احمد وابو داود وزاد رزين فى ماله وفى لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخارى عن ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا من اعتق نصيبا له فى مملوك او شركا له فى عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد ان الحكم الثابت عند يسار المعتق التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوى قولهما ووجهه انه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافى الشركة واستدل لابى حنيفة رح بقوله انه اى الساكت احتبس على البناء للفاعل ماليته نصيبه عند العبد فله ان يضمنه وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان فى صبغ غيره فانصبغ فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه فيأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين المعتق من غيره وهذا لانه وان حصل رضاه بنصيبه بعتقه الاختيارى لكنه تصرف فى ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره واورد عليه انه معارضة للنصوص بالتعليل فانها اوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم من نفى الاستسعاء عند نفى الاعسار فجاز ان يثبت عند عدمه ايضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا اورده شارح واجاب والتحقيق فى ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجب الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجب التضمين عند الاعسار وح يندفع ذلك الجواب وكذا اجيب ايضا بنحوه وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضى الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تنافى الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه السلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشئ اذ لا اثر لتعدد الشرط ووجدته فى اختلاف حكم القسمة وفى الكافى جعل فائدة القسمة نفى الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى ان هذه القسمة كما يفيد نفى الضمان لو كان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن اى وجه افادت القسمة نفى الشركة فالجواب انه لما اعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا فى ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن ان يقال ان تقصد الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذ كان على خلاف الدليل الظاهر وذلك ان الدليل وهو الاحتباس يقتضى تقرر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا او معسرا فلا يجوز تضمين المعتق

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى [illegible] المعتق
[illegible]

فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل يقتضيه وهذا لان الدليل لما جوز جواز الاستسعاء مقتصرا فنفي القصر وبقي جوازه ولا يخفى ان في هذا تعليل بما تضمنه الدليلين لانه في تقرير الجواز على الآخر اقل منه في تقرير اصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس او مبينا لشرعية التضمين مع اليسار لان تعين الاستسعاء انما هو في غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بتخليص المتقرب الى المحل اما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب اتمامها كالمشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب الضرر بالآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه تكليف له ثواب ما قدر عليه من القربة واما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في صورة الاعسار بناء على انه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه لانه لا شك في ان عتق ما يملكه مشروع وجائز ولو اتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا الا انه ليس جناية على الغير وان فسدت ماليته باقي العبد لكن عدم ولاية تمامه بعدم ولاية غيره فالحق ان القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفي المسئلة قول الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولا سعاية اصلا وسبب هذا القول ان لم يثبت لفظ السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن ابي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني ان همام رواه فجعل هذا الكلام الاخير وهو ان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة قال عبد الرحمن بن مهدي احاديث همام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت ابا بكر النيسابوري يقول ما احسن ما رواه همام ضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن ابي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم واحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي اضطرب سعيد بن ابي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنه عنه عليه السلام من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءهم حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من الاثبات في قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وابان بن يزيد العطار وحجاج بن ارطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد اخرجه الشيخان في صحيحيهما وحسبك بذلك يعني برفعهما الاستسعاء وفي المسئلة مذاهب اخرى ضعيفة منها انه لا يعتق شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وان لا التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وانه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين **قوله ثم المعتبر يسار** التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت هو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك واحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن لا يسار الغنى اي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشائخ لان تيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه اسرع حصوله الا انه لكان باعتبار نصاب التيسير اسرع في تحقق مقصودهما فوجب هنا في الحقيقة تعليل النص وهو انه خص حكم النص وانه يجب الضمان عنده [illegible]

وأما الخيارات فلأبي حنيفة أما الإعتاق فلقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزى عنده والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى
الإعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان للساكت ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن
الكل له وقد عتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حال إعسار المعتق إن شاء
أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي دينا على المعتق
إذ لا شيء عليه لإعساره بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي دينا على الراهن فيرجع عليه وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى
نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لأنه لا صنع له ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين
ما عيناه قلنا إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل تبتنى على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

ملكه قيمة حصته لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه **قوله** ثم التخريج على قولهما اى تخريج
تفصيل المسئلة على قولهما فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد باتفاق لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار فلم يكن الضمان منقولا اليه كما وجب على
العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره واما جعلهما الولاء كله للمعتق للعتق فلان العتق كله من جهته لعدم التجزي فكان تعلق اعتاق
كله والسعي في حالة اعساره حرا مديونا واما التخريج على قول ابي حنيفة رح فاثباته خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق متجز عنده فلا
يعتق الباقي بعتق المعتق نصيبه والتضمين بالجر اى وخيار التضمين للمعتق لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك
من الوصية والصدقة والاجارة والاعارة والامهار والاستخدام ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله والاستسعاء
بالجر عطفا على التضمين اى واثبات خيار الاستسعاء لما بينا من انه احتبس مالية نصيبه عنده وانما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه
ملكه باداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء فكذا من قام مقامه صار كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فانه
يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا للغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص به اعتق بعضه فله عتق الباقي
واستسعاؤه وقوله ضمنا جواب عن سؤال هو ان معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب
بان ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند ابي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت
قصدا عدمه ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان غايته ان بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء
واما في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا من احتباس ملكه والولاء له اى للساكت اى مشتركا
بينه وبين المعتق في الوجهين اى في الاعتاق والاستسعاء فلا يرجع المستسعى على المعتق اى العبد على المعتق بشيء باجماع
بيننا خلافا لابن ابي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا ايسر وانما لا يرجع بالاتفاق اما على قوله فانه يسعى لفكاك رقبته و
اما على قولهما فلانه لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء على المعتق اذا كان معسرا بخلاف العبد
المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع على المعتق اذا ايسر ونظير الاول ما
اذا اعتق امته على ان تتزوجه فابت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو اعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي
حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند زفر تجب عليه
قيمة الجارية بخلاف المريض اذا اعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض في الكل لنقض هو موقوف عنده وقول الشافعي
في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا قول الشافعي وجه عنده انه لا وجه لتضمين الشريك
لانعدام الصنع ولا الاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا نحن
انه يستسعى وان كان غير جان الخ قلنا الا يفتقر الى الجناية بل هو مبني على احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد
يلتمس له جار وهي سوق الزيادة في قوله فقد حكي عن المعتق وهو حر مار في ويدفع بها كما قال اهل الشان ضعيفة تكذب ولو ثبت
لم يلزم كون المرخص بالرق فيها المالك عنها الا اقتضاء الاضافة الجزء المشائع بالقيمة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي

والحق انه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ما عتق كفاية فانه اذا لم يعتق الكل لتعذر ان لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والمالك هو المطلق للتصرف والجواب ان الذي في حديث ابي هريرة رضي الله عنه المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاء عند اعسار ولا اعتراض على الشارح مع ان وجهه ما قدمناه واعلم انه نقل عن بعض العلماء الطاعنين صحة رواية الاستسعاء ان المراد بها على تقدير صحتها انه يستسعى ان اختار ذلك وان هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمناه من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا او عدم تقرره وهو الاولى واذا لم يتقرر لا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا جبرا بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية ثابت كما في العبد المرهون اذا اعتقه سيده المعسر ولان الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم وله ولاية الايجاد والاعدام بنفاذ عتق ذلك المقدر والاقرار الباقي في الملك ولاية بسبب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولنا في اليسار والاعسار واختاره المزني من اصحابه **قوله** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة وعتق وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا له اي في حكم المكاتب ويزعم انه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه ان شاء او يعتقه فانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك او صادقا لانه مكاتبه ان كان صادقا ومملوكه ان كان كاذبا انما قلنا يستسعيانه اما في الصدق فظاهر واما في الكذب فلتمكن الانسان من امر عبده ان يسعى ويأتيه باكتسابه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه اي حق كل منهما في الحالين حال يسار الآخر واعساره في احد شيئين السعاية او التضمين الا ان في اليسار حقه في احدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الاعسار حقه في احدهما عينا وهو السعاية وهذا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عند ابي حنيفة وقد تعذر التضمين لانكار الشريك الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الآخر انه اعتق لم يقبل لان في الثاني فانهما يثبتان لانفسهما حق التضمين او يشهدان لعبدهما وانما اثبتناها في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية وهو عبد عند ابي حنيفة حتى يؤدي لان المستسعى كالمكاتب واورد ان التضمين غير متعذر لانه لما انكر يحلف فان نكل جاز التضمين واجيب بانه لما كان اعتقاد كل ان صاحبه هو الذي اعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لان المآل الى السعاية وهذا صريح في انه لا تحليف في المسئلة ومع لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان او صادقا يجب ان يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله اي تعيين استسعائهما العبد الخ بعد ان يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو اوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد فيما اذا لم ترفعا الى القاضي بل خاطب كل منهما الآخر بانك اعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذا ليس حكمها الا الاستسعاء اما اذا ارادا التضمين او اراده احدهما فنصيبهما ... فترافعا او رفعاه وجب فيما اذا استرقاه بعد قولنا فان القاضي لو سألهما فاجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا اعترف بان صاحبه

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يدعي على صاحبه الضمان لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه بثبوت سببها وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه السعاية فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه ومات قبل البيان ثم قيل التفريع فيه على ان اليسار هل يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق

حلف كاذبا واعتقاده ان العبد محرم استرقاقه ولكل استسعاؤه ولو اعترفا انهما اعتقاه معا او على التعاقب وجب ان لا يضمن كل للآخر ان كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف احدهما وانكر الآخر فان المنكر يجب ان يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا او باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لواحد منهما لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته وانما يدعي الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه بثبوت سببها حيث اقر بعتق الشريك مع يساره وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية صادقا كان او كاذبا بالغرض ان المعتق معسر قوله على ما بيناه اي من ان العبد مملوكه او مكاتبه الا ان عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله اي يثبته لصاحبه حيث ادعى انه هو الذي اعتق والعتق لا يتجزى اي لا يثبت به الا ما لا يتجزى من زوال الرق وهو اي صاحبه يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما فلو لم يتفقا حتى مات وجب ان يأخذه بيت المال **قوله** ولو قال احد الشريكين في عبد ان لم يدخل فلان يعني العبد الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخلها غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف ويسعى لهما في النصف الآخر بينهما وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف على تفصيل تقتضيه مذهب ابي يوسف وهو انه انما يسعى في النصف لهما اذا كانا معسرين فلو كان احدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لاحد واليه اشار المص بعد هذا بقوله وقيل التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق فانما جمع بينه وبين قول ابي حنيفة في انه لا يجب الا النصف وقال محمد رح يسعى في جميع قيمته لهما ان كانا معسرين بنصفه للموسر ان كان احدهما معسرا ولا يسعى في شيء ان كانا موسرين وهذه على وزان المسئلة السابقة اعني اقرار كل منهما انه هو الذي اعتق وهناك اذا كان احدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى الا للموسر وكذا هذا وهذا لان الذي يأخذ السعاية ابدا يكون هو الساكت والآخر معتق فاذا كان احدهما موسرا فانه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى اعتبار المعسر هو الساكت فزعم ان لا سعاية له على العبد وانما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في ان العتق من جهته بمباشرة شرطه او من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول الى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين فان كلا يزعم ان حقه تضمين الآخر وهو ليس بمعين وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية **قوله** لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد ولا يمكن القضاء على المجهول ولا التوزيع لانه يؤدي الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته واعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع في المعين فلم ينافيه التوزيع فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف فانه لا يقضى بشيء للجهالة فكذا لا يقضى بسقوط شيء لذلك واذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل **قوله** ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين و

ولو جمعهما ... الآخر فلم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ... معلوم فتنكشف الجهالة وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق ولا ضمان عليه علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم وكذلك إذا ورثاه والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا وإن كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية

مع التيقن بالسقوط كيف يقضى به بوجوب الكل والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط ترتفع بالشيوع اى شيوع النصف الذى حق فى نصيب الشريكين وتوزيعه عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط والمولين فلا جهالة فى المقضى عليه وانما يلزم لو قضى على احدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم اولوية احدهما بتمامه وكون التعيين فى نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما فى كتاب التحرى عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعت فى ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن ويسعى كل واحدة فى تسعة اعشار قيمتها وصار كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان فى الاول والثانى فان العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى فى قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعى فى انه يقرع بينهما فى قول وفى قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة فى الثانى واسقاط جميع حق المستحق فى الاول واسقاط بعضه للضرورة اولى وقيل ان الجهالة فى المقضى عليه لا يمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بدليل ان من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وان كان المقضى عليها منهن مجهولة لكن لما كان المقضى لها معلومة جاز القضاء كذا هنا المقضى له هنا معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى ان من صورة المسئلة ان يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار قوله لو حلف على عبدين الخ يريد ان يفرق بين السابقة وهذه وهى ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وبين هذه وهى ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال احدهما ان دخل فلان غدا فعبدى حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان فعبدى حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما ولا شئ منه فى قول الكل لان المقضى عليه بعتق عبده وهو احد المولين مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث احد المالكين لان كلا منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشترى فى العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا فى ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضى عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما متعلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك فى مثل قوله ان لم تدخل فعبدى حر بخلاف ما اذا لم يكن دخل فانه يستعمله الممارسى فى الدخول وعدمه فى الماضى لتحقق الدخول فيه حقيقة شرطه ظهور انه لم يدخل فى الماضى وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابى يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقرارا بنزول الطلاق قوله واذا اشترى الرجلان ابن احدهما بعقد واحد بان خاطب البائع الاب والآخر معا بان قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيأ ولو كان موسرا سواء علم الشريك انه ابن الآخر او لم يعلم ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريك ابيه ان شاء وان شاء اعتقه

وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

هذا عند أبي حنيفة وأجمعوا أنه لو ورثاه لا يضمن الأب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رح لعدم الصنع منه ولفظ الحديث أعني قوله عليه السلام من أعتق شركاً الخ يفيد كون العتق اختيارياً وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً وإن كان معسراً سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة معاً أو صدقة أو وصية وعلى هذا الخلاف أيضاً إذا اشتراه رجلان أحدهما يعتق نصفه إن اشتراه أما لو حلف ليعتقه إن اشتراه لا يعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو شراء كله لهما أنه أي الأب أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهة مختاراً فيه وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمين وهو لما باشر العقد معه مختاراً وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضياً بإفساد نصيبه نفسه فلا يضمنه فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحاً وعلم مما ذكران المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على أن إعتاقه يثبت اختيار الشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر إن ضربته فهو حر فضربه فعتق نصيبه فإن له أن يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرة شرط العتق رضا بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الإيجاب في البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلتزمه بالتزامه أياه وتحلفه عليه أن لا يفعل ظلم منه فلا يصح أن يقال إن لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يتضمنه إذ لو قال إن ضربت هذا العبد اليوم ظلماً فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه والإطلاق الجواب بخلافه وأما ما أورد في منع أن مباشرة العقد رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضاه ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة لأن من علم أن من فعل لهذا يثبت كذا ثم فعله مختاراً جزم العقل بأنه راض بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه وللعاقل في ذلك أغراض صحيحة دنياوية من استفادة المدح والولاء وقد يكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الأجر لا يقال رضاء الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا بالضمان وأبو حنيفة رح يثبته إذا كان المعتق موسراً واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لأنا نقول كونه رضي بالضمان لا يوجب إمكان تضمين الآخر له إلا إذا لم يكن رضي بإعتاقه كما ذكرنا وأما إيراده على قولهما كيف والإعتاق لا يتجزى على قولهما فإعتاق البعض إعتاق الكل ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر ولا يملك إلا بالضمان والجواب أنه تملك ضمني فلا توجه له هنا قوله وهذا ضمان إفساد جواب عما يقال كونه رضي بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد وضبطه أن الضمان في العتق ضمان تملك ولا يسقطه الرضا لسببه ذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانه ومن حكم ضمان التملك أيضاً أنه يثبت مع اليسار والإعسار وإنما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لأن وضع الاستيلاد وطلب الولد وهو يتوقف على التملك فاقتضاه وضمان الإتلاف وهو ضمان الإعتاق وقد يقال ضمان جناية وليس بصواب لأنه لا جناية في عتق الإنسان ما يملكه مع سبحانه مثاب عليه ثم لتعيبه بتعييب الشريك فصح أن يقال ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم

وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن اذا كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار الاعتاق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المستهلك

في هذا الافساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا اثم به اما وضع العتق فليس مقتضاه ولزومه حتم كون ضمان الاعتاق ضمان الاتلاف ظاهر الرواية
عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك لابنيته وعدمها وروى عن
ابي يوسف انه ضمان تمليك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن
الاب او غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه في التضمين مباشرة سبب
اسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا اطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم انه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور
في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فانه ليس له ان يضمن الآكل لما علم مستقيم ايضا وانما قلنا على
خلاف القياس لان القياس ان لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار الا يرى ان من اتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا
فان قلت قد اسلفت ان القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا ان القياس هو التضمين
للاتلاف قلنا قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك ان كون القياس الاستسعاء هو
اقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الامر لفرض ورود النص
على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالف النص فهو باطل سواء اخطأ المجتهد القياس الصحيح
الموافق للنص او خفي عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع او صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم
يقدر لم يجب ووجب له اجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه **قوله** وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو
موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضي بافساد نصيبه لان دلالة ذلك ما كان الا بقوله البيع معه وهو منتف هنا
علاوة وقع اتفاقهم هنا انه يضمنه فان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة وحده بناء على ما تقدم
من ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له اي للاجنبي بل يتعين التضمين على ما مر من ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما
قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة للبائع وقالا ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك
كله والوجه قد ذكرناه وهو انه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر
ان البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو ان الرضا يمنع **قوله** واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم
وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فاراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر المدبر الضمان وهو المراد بقوله فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن
المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له ان يضمن المعتق شيئا واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد استسعاء على وزان ما تقدم فيما اذا اعتق احد الشريكين وهو
موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند ابي حنيفة وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي
ضمن لشريكه قنا وهذا كله عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا
الخلاف ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق اذ هو عتق مضاف فيكون معتبرا به ولما
كان التدبير متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين حيث امتنع على كل منهما البيع وما في معناه من الهبة والوصية

تنبيهنا

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا

والصدقة والاعمار وثبت لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعى العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدها العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار غيره فتوجه للساكت وهو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر سببا ضمان احدهما تدبير المدبر الذى افسد عليه والآخر عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق بالعبد خروجا الى الحرية بالسعاية بخ التضمين غير ان الساكت له تضمين المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل فى الضمان لان يتعدل جانبا الضامن والمضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب فى تحقيق المعادلة ان يملك مغيليه وهو الضامن ما دفع بدله بحيث امكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعى من حيث جعله ضمان اتلاف وانما جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة فى العتق وشعبه من التدبير ونحوه اولى وهذا يحقق ما ذكرت لك فى قولهم ضمان جناية والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما فى قاضيخان لو غصب عبدا فابق فقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التى اداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكتسابا ثم ابق فلم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب فى الحال مع ان اقراره بالاتلافات مؤخر الى ما بعد العتق وانما وجب ان لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب ههنا لانه ممكن لكونه اى نصيب الساكت قابلا للنقل من ملك الى ملك فى المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا للضمان المعاوضة لانه اى العبد عند ذلك مدبر وفى بعض النسخ حر او مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فقال الشيخ جلال الدين ولد المص هو غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك وكذا المستسعى عند ابى حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم ان لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا يضمن الساكت المدبر ليس غيره ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما افسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا لشريكين فاعتقه احدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يملكه بالضمان **قوله** وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرون دينارا ضمن الساكت ستة دنانير لان ثلثيها وهى قيمته المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة **قوله** على ما قالوا طريقة فى مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثانى دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهى قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطى والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة

ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار

المذكور لم تبلغ ثمنا ذكر فهو قيمته وهذا احسن عندي واما قيمة ام الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمتها قدر ما يستخدمها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه ان يقال مدة عمر احدهما منها ومن مولاها وقيل يسال اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا بقيت الرقبة **قوله** ولا يضمنه اي لا يضمن المدبر المعتق قيمته ما ملكه بالضمان من جهة الساكت وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا لان ملكه فيه اي في ثلثه قنا يثبت مستندا الى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهذا بالنظر الى حال اداء الضمان دون وجه وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير فلا يظهر في حق التضمين بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق واستشكل بما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا اجيب بانه لما انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق اما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى ان هذا لا يدفع الوارد على قوله ان الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه ان يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له ان يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه اعني ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام احد ويمكن ان يدفع ورود اصل السؤال بان الكلام في ان الملك المستند لا ينتهض سببا للضمان مفسدا كالعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيئا قبل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت ان يضمنه فكذا من صار الملك له وقام مقامه واعلم انه لو لم يستتق المعتق الا بعد اداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلث مدبرا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا عللوا والوجه على هذا ان يقال في اصل التعليل ليس له ان يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان يدفع الوارد ايضا لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا او يحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه وهو السؤال العتق احد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا واورد الطلبة على هذا انه ينبغي ان يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا لا قنا ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لانه صار كانه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا الا ان ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزى وذكرهم اياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفي فيه انه على ملكه حين اعتق الآخر وادى الضمان وانما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من انه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان احد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر ملكه باداء الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان له ثلث العتق وثلث ادى ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك وهو ضمان افساد لما ذكرنا من ان

التقييد بان

وإذا لم يكن التدبير متجزئا يصير كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر

وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم للمنكر عند أبي حنيفة رح وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها

المدبر غير قابل للنقل حين أعتقه كان مدبرا ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدبر أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضي خان وهو غلط لأن العتق المتجزي يوجب إخراجه إلى الحرية تنجيزا أحد الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى مع استخدام المدبر إياه من حين دبره كما لو أعتق أحد الشريكين اختيار ودبره الآخر فالساكت فإنه لا يتأخر حريته وبقيه إلى موته كما قدمنا أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتبا للشريكين فدبره أحدهما تقييد في نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا عن غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة لأن نصيب الآخر على حاله عنده وأما في الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه نصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تتجزى عنده وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيخرج بين تضمين المعتق إذا كان موسرا أو استسعى العبد مختارا وجبرا بإجازته فهو تحقيق ما قلنا من أنه لا يبقى فيه الرق إلا إلى أن يؤدي السعاية والله أعلم **قوله** وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما إلى آخره يعني أن ما ذكرناه على هنا قول أبي حنيفة فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا للشريك المدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمن ثلثي قيمة الشريك ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك لأنه أمكن على ما ذكرنا فأشبه الاستيلاد أي ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه على حاله موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه والولاء كله على قولهما للمدبر وهو ظاهر لأن العتق كله من جهته واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا في ضمان التملك لأنهما حيث قالا أن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى لو كان الولاء كله لزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وح يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس **قوله** وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فهي عند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما أي لا تخدم أحدا ويوما تخدم المنكر ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فإنه لم يتمكن من نصيبه إن كان موسرا وهو منكر لكنه نفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده وتسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسرا فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة وقال محمد رح إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف ولا ينبغي مثل أن يفعل إلا أن يفرق بالبيان فيقال في قوله الأول مثلا

لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رح ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف لا خدمة للمقر ولا سعاية ولا ضمان لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى

والا اوهم ان نصيبه الآن ليس هو قائلا به واختلف المشايخ في ان خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وابي يوسف الاولى الاول والصواب ان لا خدمة له عليها بل بمجرد اقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفي المختلف في باب محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر هو اللائق بقول ابي حنيفة وينبغي على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس واما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتاخذ الجناية عليها اي تاخذ جناياتها ممن جنى عليها لتستعين بها وعلى قول ابي حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق احدهما صاحبه **قوله** لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كانه هو استولدها كما لو اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه هو الذي اعتق حتى لو اشتراه عتق عليه فاذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر ايضا امتنع عليه الاستخدام لانه يدعي الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر واحال ان نصيبه على ملكه في الحكم تثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عنده ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لاحد عليها فان المنكر اخذ حصته والمقر يبرأ منه ويدعي ان حقه في تضمين المنكر لدعوى الاستيلاد فصارت كام ولد النصراني اذا اسلمت لما امتنع من استدامة الملك عليها ولم يمكن اخراجها عن ملكه مجانا للاضرار به وجب ان يعتق بالسعاية **قوله** ولابي حنيفة رح وعلمت ان ابا يوسف معه ان استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين لان المقر اما صادق فيكون جميع خدمتها له لانها ام ولده وهو مستحق خدمتها او كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن واما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بامومية الولد اقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما نعم يوجب ذلك ان يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا الاقرار على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه **قوله** وان كانت ام ولد بينهما بان ادعى كل منهما انها ام ولده فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها وان كان معسرا سعت للساكت فيه واصل الخلاف في تقوم ام الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير ابي حنيفة وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى احداها هذه والثانية ام الولد اذا ولدت ولدا من غيره بين اثنين فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا بلغ حدا يستسعى فيه ومنها ام الولد المشتركة بين اثنين اذا مات احدهما لا تسعى عنده وعندهما تسعى ومنها لو غصب ام الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها امته حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر من وقت البيع ثم

ووجه قولهما انه منتفع بها وطيا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا لانه التقوم معتبر بمنفعة البيع والسعاية بعد الموت منفعة من ثمن قيمتها لانه التلف منفعة كالبيع اما السعاية فلا ستقام فاته وولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه ان يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن **قوله** ووجه قولهما وهو قول الجمهور انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما ولذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتق وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس الا كمنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغريم المولى او ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته كيلا يضيع نسبه ولو كره وهذا مانع يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية ولمحمد وهذا اي الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم الا ترى ان ام الولد النصراني اذا اسلمت سعت له وهذا آية التقوم في ام الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين ام ولد المسلم وام ولد النصراني فاذا ثبت التقوم في احدهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وايضا ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها الا بتحقق حق الحرية الطارئ بالاستيلاد وليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتها فيه **قوله** غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت والباقي منفعة من ثلث قيمتها من ثلث القيمة بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنة وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف فقد كفيناه في الكلام على قيمة المدبر **قوله** ولابي حنيفة رح الخ حاصله ان ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بعضها اعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز متقوما لا بالملك وان ثبت معه والآدمي وان صار مالا بعد ان لم يكن في الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا احرز للتمول وام الولد اذا احرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان اول تملكها كان للتمول لكن عندما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنه فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع عن انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بان يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه انه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقوم كالمنتفي ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان مالا متقوما في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج من الثلث او خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر انه معتبر حال الحيوة مالا غير انه موصى به واذا لم يكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وام الولد حين ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوما لجاز بيعه فاجاب عنه بان عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته والجواب عن الزام التقوم بام ولد النصراني يمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة اذ لا يمكن ابقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فانزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم في نفسه لانه بمقابلة ما ليس

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه الباقي ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول ... فكذلك يصيب الداخل

بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في معناها من كل الضرورة او نقول هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتني على اعتقادهم كما في مالية الخمر ان ملكه لما احتبس عندها الغنى من جهتها كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس بنصيب احد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لابي حنيفة رح واما قوله في الكتاب وهذا لان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الجزئية الثابتة بواسطة الولد فيقتصر متوقف عليه الاثبات اذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعني ان حكمة اسقاط الشرع تقومها ثبوت الحرية بينها وبين مولاها الى آخر ما ذكر في المصاهرة كما اشار اليه عمر رض حيث قال كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه ان تتنجز حريتها لكن انعقد الاجماع على عدمه فيبقى فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام اعتقها ولدها بهذا الطريق وهو انه يدل على تنجز العتق لكن الاجماع على ان المراد اثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فان قيل فالتدبير ايضا كذلك اي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب ان يمنع تقوم المدبر على ذلك اذ ان انتفاء السبب الا موته فالجواب ان ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي ان تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال اهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الاصل يعني فيتأخر سببيته لسقوط التقوم الى ما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المص وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وبه يندفع عنه الزام التناقض وذلك ان كلامه في سقوط التقوم لام الولد فحاصل كلامه ان سبب سقوط التقوم في ام الولد ثابت في الحال وسبب سقوطه في المدبر متأخر الى ما بعد الموت كما بينا

باب عتق احد العبدين هذا ايضا من عتق البعض غير ان الاول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الاول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ما هو بعض وهذا بعض الواحد **قوله** ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر وهو الباقي من الاعبد الثلثة فقال المولى احدكما حر فالمسئلة على ثلثة اوجه احدها ان يبين العتق قبل الموت والثاني ان يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث ان يموت العبد قبل البيان اما حكم هذا القول فانما وقع الآخر منها بان يؤمر المولى بالبيان وللعبيد مخاصمته في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج عتق بالكلام الاول عتق وبطل الكلام الثاني لانه جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر انشاء في المبهم الدائر بينهما ولا يكون ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشائيته وصار خبرا بان احدهما حر وهو الثالث فلا يفيد في الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كانه انشاء لان العتق فيه بعدما اعتق الاحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني بل لو تنجز عتق الثابت بعتق مستقبل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان اجيب بان البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق الاول في المعين به لا يكون ما بتعلق الاول فقط لانه عتق المبهم وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان المولى

وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف

يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انشاء العتق لكون الخيار في الانشاء فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان عين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال فيعمد ببيان الكلام الثاني كما بدء وان بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول لما قلنا بينه من الخارج والثابت من وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين المولى شيئا حتى مات فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول ان الخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل امر ببيان الاول فان عنى به الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان في مسئلة الكتاب فاتفقوا فيها على عتق نصف كل الخارج وثلثة ارباع الثابت فاختلف في الداخل ومذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق نصف وثلثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم الا اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه القسمة ضرورة والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان الا انقسام هنا ضروري ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق عنه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن ان يقول بعتق جميع كل واحد منه بما يسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول ابي حنيفة غير انهم يسمون وهم عبيد وعندهما يسعون وهم احرار والحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا لا ان يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة اصلهما وعلى ذلك المطالب بانه اعتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم ان يكون موجب قول المولى احدهما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل احدهما لا يعدو معنى كلامه وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما الضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوقوع عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله اعتقت نصفك فكما يقع اعتاق النصف اعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل انه لا موجب اصلا لخروجها عن اصلهما وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا يوجب موافقته في التجزي ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف او لا مرجح غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما لكن نصفه الثابت شائع في نصفيه فما اصاب منه المعتوق بالاول لغا وما اصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة ارباعه ولانه لو اريد الثابت بالثاني يعتق نصفه الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق منه شيء فيعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة ارباعه ووجه المذكور لمحمد في الداخل ان الايجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت من الربع فكذلك يصيب الداخل **قوله** وهما يقولان انه دائر بينهما

بالايجاب الاول كما ذكرناه لا استحقاق للداخل من قبل فيكون له فيه النصف

ان اصابته الربع عندهما ليس تصفية للكلام بل تصفية عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائعا مستوعب فما اصاب منه هذا النصف لغي وما اصاب الفن عتق فلما رجع هذا المعنى منتف في النصف الذي اصاب الداخل وقد علمت ايضا ان محمدا لم يوافق على هذا التوجيه هذا وتقدم له ايضا ان الايجاب الثاني صحيح في حال وهو ان يريد بالكلام الاول الخارج غير صحيح في حال اخرى وهو ان يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء اصلا فانتصف الثابت به فاصاب كلا ربعه فلذا اعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر ان المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلثة ارباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين والله اعلم وان قوله لم يريد الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل ان يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالمعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم التعيين ينزل ذلك المبهم فيه ولنشأ فصغت اصل المسألة قوله لان في قوله يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند احمد رح يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبديه احدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويت هذا التلفظ لنا في تاصيل اعتبار الاحوال ما روي انه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا اعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم ثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة رواه مسلم والجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا وقد علمت ان ما صح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه قالوا فهذا يخالف نص القرآن تحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك والاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا لا ان ظهر كذا واما مقتضى العادة بخلافه فانها قاضية بنفي ان واحدا يملك ستة اعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شيء قليل ولا كثير وما قيل انه قد تتفق للعرب ذلك لما غلبتهم ويكون وقع له ذلك في غنيمة ان كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل او كثير من كل نوع فهو ايضا مما يقتضي العادة بنفيه لانه نادر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المنفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه وصار رده من جنس خبر الواحد فيما يعم به البلوى وحاصله ان ما تمسك به واعتمد حال ثلاثتهم فليس بشيء لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح مراد اذا كان طريقا صحيحا جاز ان كان

قال فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن [illegible] من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة

[illegible] وصية [illegible] بسبعة [illegible] عشرين فيعتق [illegible] ويسعى [illegible] الباقين من كل [illegible]

[illegible] سهم من الداخل [illegible] ثمانية [illegible] مسائل

وتعرف الحكم به والا فمثله يلزم فيما استند الى اعتبار الاحوال من قصة الخثعميين بلا فرق وكذا نحوه من اوجه صيغة وحقيقته الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب في مقتضاه فيحكم ببطلانه من بعض رواية عن عمران ولذلك اجمعوا على عدم الاقتراع عند تعارض البينتين لبينهما وعلى عدمها عند تعارض الخبرين ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعا تطييبا للقلوب ودفعا للاحقاد والضغائن كما فعل عليه السلام في السفر لنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا الا انها يتسارع الضغائن الى من يخصها من بينهن فكان الاقتراع لتطييب قلوبهن وكذا اقراع القاضي في الانصباء المستحقة والبداءة بتحليف احد المتحالفين انما هو لما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل انها انما تستعمل في المواضع التي تجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه اسهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان كذلك والا فهو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله اعلم واما ان تعين الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فاولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم نفذ في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه ناجزا اذا دفع فانه ينال كلا شيء واما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة الاعبد المشترك جوازا اذا اعتق احدهم جارية ثم لم تدر فصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة اعشارها ففيه اصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز ان يفوتها كل حقها **قوله** فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث ويعتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المص وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة هذا قولهما اي قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فستة وذلك لانا نجعل كل رقبة على اربعة وانما نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة من اربعة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد ان تكون جميع سهام الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهام فيبلغ كل المال احدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلثة فيكون كل منهم وهو ثلث المال سبعة اسهم بالضرورة فيعتق من الثابت ثلثة من سبعة ويسعى في اربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلثة ارباع الثابت الى ثلثة اسباعه وذلك اقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك اقل من ثلثه بثلث سبع واما قول محمد فانما تضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا يكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها اثنا عشر فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلثة فكان المعتوق من يستحق ثلثة الارباع على قوله نصف وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في اربعة وعلى قولهما يعتق ثلثه الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف **قوله** ولو كان هذا في الطلاق يعني قال لزوجتين له احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق ومن غير دخول بهن ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ووجب لها ثلثة ارباعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ووجب لها خمسة اثمانه ومن مهر الداخلة

في السهام

ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن
مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات

ثمنه ووجب لها سبعة اثمانه فالزمهما محمد رحمه الله المناقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لو تردد الطلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف
مهرها من مهرها ليس احداهما اولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فيسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثاني
موجب في حال هي ان تردد الخارجة وهو حال هي ان تردد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه لا صدقة لانه قبل الدخول فتنصف ويثبت
به سقوط الربع منوزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة وثمن مهر الثابتة فينضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة اثمانه فيجب مثله في مسألة العتق فيعتق
ربع الداخل لا الثمن وفي الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المص في جوابه قيل هذا اي المذكور
في الطلاق قول محمد وعندهما فيسقط ربع مهر الداخل لا الثمن فلا يتم به الالزام وقيل بل هو قولهما ايضا والفرق ذكر المص انه ذكره
في زياداته وذكر تمام تفريعاتها ايضا فيها اما التفريعات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت احد وبعد موت احد العبدين واما التفريعات
في الطلاق فمنها ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن يقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين
اعني الثابتة والنصف الاخير بين الاوليين لان احداهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة
والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان اوقعه
على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت
الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسألة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح وعليه بيان
الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة والداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني
على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وان اوقعه على الثابتة تعين الخارجة ايضا لما قدمنا واما الفرق
فهو ان الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق الثابت اما على قول ابي حنيفة رح فظاهر لانه عتق
نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه ايضا بخلاف الطلاق
لانه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا
سقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه في العتق واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر
بين ان يكون حرا وبين ان يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا شك ان المراد من كون الثابت
عتق نصفه على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما مقتضاه
عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف احديهما لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد
يقال من طرف محمد ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدوره يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابتة عتق اصلا ويجاب بانه انما يجب اعتبار حال صدوره
اذا كان تعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد ان نعرف حكم الكلام بعد الموت ولو قيل انه يعني ان الكلام الاول اعتبر تعليقا في حق الداخل حكم قبل التعليق وهو وقوع العتق او تعين
عن المهر فالتعليمة من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين ان
يوجب او لا يوجب شيئا فاوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة اثمان مهرها

طلاق

ومن قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احداهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح

ومن الشابة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلثة اثمان مهر وتستحق ثمنا واحدا. هذا ولا يخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول تجري الاعتاق في الاعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له اي لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الآخر المقصود وذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك رح وعند احمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق اصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت ان يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق او اعتقتك بذلك العتق اما اذا اقتصر على قوله انت حر ثم قال اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لان هذا عتق آخر نازل فيه لا الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا او فاسدا مع قبض وبدونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان منجزا عن الملك لو تنجز عتق احدهما او باعه ولهذا اعتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا لعتق الآخر حكما كما اذا مات احدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختياريا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قريبه لان الانشاء صفة الالفاظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق احدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي ولا يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في العتق المبهم المعلق كما قال اذا جاء زيد فاحدكما حر فلو مات احدهما قبل الشرط او تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رأيت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط فلا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال انت حران دخلت هذه الدار او هذه ثم عين احدهما للحنث لا يصح بعينه

ولو باع احدهما او كلاهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد يثبت حكم العتق المبهم فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت ثم قال له ولآخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب احدهما او آجر يكون بيانا ولو استخدم احدهما او قطع يده او جنى عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه وللعتق من كل وجه اي لم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير قصد استيفاء الانتفاع بمدة حياته وان يعتقه بعد موته والمقصودان من الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احداهما اي وطئ احداهما فعلقت لانها صارت ام ولد فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم يبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبرة وقصد ابقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا بالوطي بالعلوق لان الوطي غير المعلق ليس بيانا عند ابي حنيفة كما ذكر

بالتعرض على سيدل على استقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد ... وقصد الولد من المقصود من وطيها فصل الولد لا يدل على الاستبقاء

واستشكل على تعيين الآخر بموجب احدهما لو اشترى احد العبدين وسمى ثمن كل ... بالخيار يأخذ ايهما شاء فمات احدهما يتعين للبيع الميت لا الحي مع ان بالموت لم يبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق ... لو قال لامتيه احداكما مدبرة او ام ولدي ثم ماتت احداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق فانه عند اشراف احدهما على الموت تعين البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعيب فانما تعين البيع وهو حي لا ... ولا يتعين العتق بالاشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بانه ليس انشاء بصيغته بل اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله لا طلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير وقوله (اي بني) ما قلنا اي من انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك روي عن محمد في الاملاء اذا وهب احدهما واقبض او تصدق فاقبض عتق الآخر قالوا ذكر الاقباض من توكيد الا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك وفي المساومة اذا عينت الآخر وليس فيها خروج من الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد سواء دخل في طريق الملك ... ان يعينه

قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما يعني تطلق الحية لما قلنا في العتق من عتق الباقي بموت احدهما لعدم محلية العتق وكذا لو وطئ احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بين في المسئلة الامتين التي تليها قوله لو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما ولم تعلق لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وبه قال احمد لانه ما قد عتقت ... الاخرى ... ولو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الانتفاع بخلاف العتق وقالا تعتق وبه قال الشافعي ومالك في رواية لهما ان الوطئ لا يحل الا في ملك واحدا بماليست في الملك بعتق احدهما بذلك الكلام وكذا لو قتلها الشافعي ... وجبت نصف ... وقيمة كل منهما فكان بوطء احداهما مبينا المستبقي لملكها فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احداكما طالق ولم يدخل بهما او دخل فقال طالق بائن او ثلاثا ثم وطئ احداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطئ بيانا لطلاق الاخرى لحل وطئ المطلقة الرجعية ذكره في النوادر وحل ثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في الزيادات لا تثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطئ وله ان الملك قائم فيهما جميعا حتى قال يحل وطيهما ولهذا لو وطئهما بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى وانما يملك البدل بملك الاصل وهذا لان العتق في المنكرة اي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيهما لان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة احد دائرة بينهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فانت طالق او لامته ان دخلت فانت حرة فان له وطيها قبل الشرط لقيام الملك في الحال قولهما احداهما حرة ان اريد المعينة منتفاه او المبهمة سلمناه ولا يفيد لان الوطئ هنا يقع في المعينة فوطيها لم يقع في محل الحرية فحل فاذا حل وطئ كل منهما لم يكن وطئ احداهما دليلا على تحريم الاخرى لعتقها وانما يلزم لو كان الحلال هو وطئ احداهما فقط وهو ممنوع ورد بهذا النقض بالوطئ بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكرتم حل وطيهما

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اول عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا

لتعينها في معينة والمطلقة هي المبهمة فاذا صح عنه تقييد حلها بما اذا تعين احدهما للطلاق وبمجرد وطي احدهما تبين الاخرى فتحرم بخلافه في العتق هذا اصل المسئلة وهو انه كما كان الوطي بيانا في الطلاق يجب ان يكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينين قائم انما المطلقة هي المبهمة ولا جواب له سوى ان الدال في الاصل في الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج احدهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطي لطلب الولد فان طلبه يفيده استبقاء من هو منها كيلا يضيع حاله ووطي المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا وطي الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطيها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا الكيفية في دليلها ان يقال وطي احدها كان دليل استبقائها كالوطي في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالة والفرق لما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطيهما ثم القول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق انه لا يحل وطيهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع في الاصول مسئلة يجوز ان يحرم احد اشياء كما يجوز ايجاب احد اشياء كما في خصال الكفارات وحكم تحريم احد اشياء جواز فعلها الا واحدا الا انه لو فعلها فلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولم يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطي لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطي وهنا كذلك فان موجب اللفظ هو عتق احداهما لا بعينها وبهذا في وطيهما وطي الحرة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف اخذه ارش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطي وعن هذا قيمة مملوكين كذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما تنصف لان احدهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير تيقن بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة تالفة وبها تحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيما معلق بالبيان فجاز وطيها غير صحيح اذ لا تعليق بل منجز امر في الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا معلقا لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف انه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطي قبل الشرط فيهما وابو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تقليد الملك فيهما حل وطي احدهما **فرع** من البيان قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن هذه الاخرى عتقت الاولى فيعتقان لان قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى فقد اقر بعتقهما وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين علي الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للاخر شئ فالفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال امة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان فان كان له امة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلثة عتق من كل ثلثه وتسعون في الباقي ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلاثا عتق من كل ثلثها ويسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى اعلم

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ويسعى في قيمة نصفها ونصف الجارية وتسعى في النصف والغلام عبد لان كل واحدة من الام

وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية

والجارية يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فتعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهي ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فاذا اعتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وامه رقيقة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة انه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه فاعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فمن هذا حكم الطحاوي بان محمدا كان اولا مع ابي حنيفة وابي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الجارية اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم ارقاء [الغلام] واما ان جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدرى الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك ان هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة تعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام اولا عتقت تبعا للام واما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام اولا وترق في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من انكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا لا شك في شرط العتق وكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فلم يحتج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم العلم بالمتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة وبنتها لوجود الشرط وقد عرف ان الامة لو انكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز ان يدعي رجل حسبة اذا لم يكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط تعليله صريح بان الام تدعي العتق والمولى ينكر فالقول للمنكر مع يمينه وافاد ان ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب واعلم ان ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقة ابطال قول ابي حنيفة وابي يوسف مع انه لم تروَ عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب استدلالا بان الشرط الكائن في طرف واحد الخ قد ينظر فيه بان ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلوة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن ان تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع **قوله** وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة

فالقول قوله مع اليمين بالله ما يعلم ان الغلام ولد اولا لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية معا لان دعوى الام حرية الصغيرة ثبتت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احدهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتها فعتقتا فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا من الحرية لنفسها وباقي المسئلة بحالها يعني ولدتها فادعت الام تقدم الغلام وانكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة ولان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية او انابة وهما منتفيان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي ان يثبت حرية بنتها لانه لازم له فلا لاقت الحجة بتها الشارع بحرية الاخرى اجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا لوجود الشرط بجواز كونه بدلا لما لزمها من المولى ليترك استحلافه او اقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبان النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل يقر به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا **قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقي بحاله يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا من ان دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول ينبني على صحة الدعوى **قوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية وهي ما اذا اتفقوا على ان ولادة الغلام اولا او اتفقوا على ان ولادة الجارية اولا فلا يعتق احد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبها تتم الاوجه للمسئلة ستة **فروع** في المحيط لو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب ان يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا واما الغلام فانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين اولا وترق في حال بان ولدت الغلام اولا واما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا اعتق تبعا للام لا يتصور ان يعتق بعتق نفسه واذا عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين والغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق النفس لانها اقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق انفسهما وان كانت ولادة الجارية ولا يعتق الاخيرة بعتق نفسها فتثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت نصف بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان يعتق من كل ثلثه اي ربعها لان الغلام لو كان اولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين ولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول ابي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي عتاق الاصل بان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا بتدبيره احدهما مطلقا في صحته او مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق احدهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح **قوله** واصل هذا اي اصل هذا الخلاف ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند ابي حنيفة من غير دعوى العبد مطلقا لا في حريتها الاصل ولا في

والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق فى مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل
الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما فى الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا فى الشهادة لانها تشتمل على تحريم

الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين ان الدعوى عنده ليست شرطا فى حرية الاصل بل فى العارضة فقط بخلافهما على
عتق الامة فانها تقبل بلا دعوى بالاتفاق وعندهما تقبل بلا دعوى والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى
بالاتفاق وان انكرت الامة العتق ولا يلتفت الى انكارها وتعتق لانها متضمنة لانها متضمنة ولذا على طلاق النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق
وان انكرت ويجبر على ان يوقع على احداهن **قوله** والمسئلة معروفة وجه قولهما ان المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به
تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكوة ويمنع بيعه وخلفه به ولهذا الاحتياج الى القبول بل لا يرتد باقرار السيد بحرية العبد برد
العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل واقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة
الدعوى وانما لا يكفى شهادة الواحد لانه وان كان امرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال مالية ماله فلذا اشترط فى الشهادة عليه
اثنان ولابى حنيفة رحمه الله ان العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته او هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به
على الخصوص ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تم ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص فى الحقيقة ولا ثبوت للازم الا بعد
الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى انه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التى هى حقه تعالى تثبت بعد ثبوت
حقها من العتق فوجب ان يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها فى صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد ايضا متهما
قبلت بلا دعواه وذلك بان لزمه حد قذف او قصاص فى طرف حتى لو انكر العتق لا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم
تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تاثير كون الثابت بالعتق اولا هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى فى اشتراط الدعوى لانه
اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت اولا او ثانيا فان حل التقدير بكذا العتق يتضمن حق العبد
وحق الله سبحانه وتعالى اما حقه سبحانه فما ذكرتم واما حق العبد فانه يصير به مالكا لاكسابه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ
قوله فى الشهادة والانكاح بنت وحصول ميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى ان لم يحتج
الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على ان الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله
سبحانه وتعالى خالصا الا يرى ان العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا
التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما فى دعوى النسب ولو لم يكن ذلك علته لما اجتمع على العتق الحقان حق الله
تعالى وحق العبد ولا يمنع التناقض فى حرية الاصل ولا فى الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين ورد عليه ايضا عتق
الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمتنع التناقض لحق الله سبحانه وايضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد
يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانما يتعارضان
لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى فى حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضى ان لا يثبت بل الحق ان المنظور اليه
اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح الاثبات شرعا الاحتياط فى امره وتوكيده وامرا الفروج محتاط فيه فالاحتياط
ان لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شئ آخر بخلاف المثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة

واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لايتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لايتحقق فلا تقبل الشهادة و
عندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها
ليست بشرط فيها ولو شهد انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابى حنيفة وان لم يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما
لايشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه فصار كالشهادة على عتق
احد العبدين هذا كله اذا شهد انه في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهد انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على
تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا
العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق
في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

والطلاق وبين عتق العبد لان حق سبحانه الثابت هو حرمة الاسترقاق المقتضي الدعوى ليس من التاكيد بحيث يجب ان يثبت بلا دعوى كما يقولان فجميع
حقوق الله تعالى يجب ان تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتتضمن شهادته دعواه واما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى
فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه وهذا القدر يحصل به المقصود فان المثبت في الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيما لو انكر العبد العتق ولا تهمة
فيجب الترجيح ويترجح حقه تعالى ولا يقال المقرر ترجيح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بان كان ثبوت احدهما ينفي معه الآخر وهنا ثبت
حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا اثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد سابقا عليه انما فيه ثبوته على زعمه **قوله** واذا كان دعوى العبد شرطا
عنده لايتحقق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي ما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه لانه عتق المبهم لان الدعوى من المجهول لايتحقق وانما يتحقق في المعين فتنتفي
المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين احدهما **قوله** لو شهدا انه اعتق احدى امتيه الخ جوابهما قد يقال اذا كان
الدعوى ليس بشرط عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي ان تقبل على عتق احدى امتيه والواقع انها لا تقبل عنده اجاب بانه انما لم يشترط الدعوى في الشهادة
على عتق الامة للعينية لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا فشابه الطلاق وفيه لايشترط للشهادة به الدعوى كذلك وكذا هذا والعتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الامة تحريم
فرجها على المعتق لشرطت في عتق الامة المجوسية والتي هي اخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها
لحرمته في الاوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب انه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطء الاخت من الرضاع المملوكة ليس
بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فاثبت تحريما موجلا بانقضاء العدة واما الامة المجوسية
فينبغي ان تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطئها مملوك له وانما منع منه عنها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك والوطء فيه ما فيه **قوله** هذا كله اذا شهد

بعتقه احد العبدين من صحته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه ليكون شهادتهما العتق هو وصية وهو المستثنى
في اول المسئلة وقدمنا ان التدبير حيث ما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته او بعد وفاته
تقبل استحسانا لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان في وصية فالخصم فيها هو الموصي لان تنفيذ الوصية من حقوق
الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي او الوارث بخلاف حالة الحيوة فان الخصم في اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره بل
هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان هو ان الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الوصي كان كل من العبدين وهما معينان وفي حالة الحيوة لا يقع خصومتهما
لانه لم يعتق منهما شئ بالعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن اعتق احد عبديه فمات
قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى ان المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا يقام البينة الا على منكر نعرض بعض الشارحين
ان تكون الورثة منكرين ذلك فهذا الكون قوله وعنه خلف هو الوصي او وارثه يعني الوصي الا ان الورثة منكرين والورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيه مشكل
ما لو كان كل من الوصي والوارث منكرا فلا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس احد منهم خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا وايضا قوله
واداء الشهادة في مرض موته الى آخر يفيد انها تقبل في حيوته وانت علمت ان قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان المدعي
العبدان وهما غير من اثبت فيه العتق اعني المبهم والحاصل ان انزاله مدعيا لا يكون الا بعد موته واما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت

ولو شہدا بعد موتہ انہ قال فی صحتہ احدکما حر قد قیل لا تقبل لانہ لیس بوصیۃ وقیل تقبل للشیوع

لعدم المدعی والمخلص لا تبقیہ اذا کان المریض قد اصمت حال اداء الشہادۃ واستمر کذلک حتی مات وعلی ہذا یجب ان یوخر القضاء بہذہ الشہادۃ الی ان یموت فیقضی بہا ولا یحتاج الی اعادتہا او یعیش فیطلق لسانہ فتبر ولعدم الخصم المدعی **قولہ** ولو شہدا بعد موتہ انہ قال فی صحتہ احدکما حر لا روایۃ فیہ عن ابی حنیفۃ واختلف المشائخ فی تخریجہا علی قولہ فقیل لا تقبل لانہ لیس بوصیۃ لاسنادہما العتق المنجز الی حالۃ الصحۃ فلم یکن المیت مدعیا تقدیرا وقیل یقبل لان العتق شائع بعد الموت فیصح دعواہما کما ذکرنا وصحح فخر الاسلام فی شرح الجامع الصغیر قبولہا قال لجواز ان یکون الحکم معلولا بعلتین فیتعدی باحداہما وتبعہ صاحب الکافی قال ہو الاصح ولقائل ان یقول شیوع العتق الذی ہو مبنی صحۃ کون العبدین مدعیین یتوقف علی ثبوت قولہ احدکما حر ولا ثبت لہ الا الشہادۃ وصحتہا متوقف علی الدعوی الصحیحۃ من الخصم فصار ثبوت شیوع العتق متوقفا علی ثبوت الشہادۃ فلو اثبت الشہادۃ بصحۃ خصوصیتہا وہی متوقف علی ثبوت العتق فیہما شائعا لزم الدور واذا لم یتم وجہ ثبوت ہذہ الشہادۃ علی قولہ لزم ترجیح القول بعدم قبولہا وعلی ہذا یبطل الوجہ الثانی من وجہی الاستحسان فی المسئلۃ التی قبل ہذہ **فروع** شہدا انہ حرر امتہ بعینہا فسماہا فنسیا اسمہا لا تقبل لانہما لم یشہدا بما تحملا وہو عتق معلومۃ بل مجہولۃ وکذا الشہادۃ علی طلاق احدی زوجتیہ سماہا فنسیاہا وعند زفر تقبل ویجبر علی البیان ویجب ان یکون قولہما کقول زفر فی ہذہ لانہا کشہادتہما علی عتق احد عبدیہ وطلاق احدی زوجتیہ ولو شہدا انہ اعتق عبدہ سالما ولا یعرفون سالما الا اسماہا ولہ عبد واحد اسمہ سالم عتق لانہ کان معینا کما اوجبہ وکون الشہود لا یعرفون عین المسمی لا یمنع قبول شہادتہم کما ان القاضی یقضی بالعتق بہذہ الشہادۃ وہو لا یعرف العبد بخلاف ما لو شہدوا ببیعہ ولو کان لہ عبدان کل واحد اسمہ سالم والمولی یجحد لم یعتق واحد منہما فی قول ابی حنیفۃ لانہ لا بد من الدعوی لقبول ہذہ الشہادۃ عندہ ولا یتحقق ہنا من المشہود لہ لانہ غیر معین منہما فصارت کمسئلۃ الکتاب الخلافیۃ وہذا فصل فی الشہادۃ علی العتق اذا ادعی العبد العتق واقام شاہدا لا یحال بینہ وبین المولی وفی الامۃ اذا قالت شاہدی الآخر حاضر یحال ولو اقام العبد شاہدین ان کان المولی مخوفا علی العبد حیل بینہما حتی ینظر فی امر الشہود لان الحجۃ تمت ظاہرا حتی لو قضی بشہادتہما نفذت فتثبت الحیلولۃ احتیاطا بخلاف ما اذا اقام شاہدا واحدا شہد بعتق عبدہ واختلفا فی الوقت والمکان او اللفظ واللغۃ او شہد احدہما انہ اعتقہ والآخر انہ اقر انہ اعتقہ فالشہادۃ جائزۃ لان العتق قول یعاد ویکرر فلا یلزم اختلاف المشہود بہ باختلاف الشہادۃ فیما ذکرنا بخلاف ما لو شہد احدہما انہ اعتقہ والآخر انہ وہبہ نفسہ لاختلاف المشہود بہ وصفا لان الہبۃ تملیک والاعتاق احداث القوۃ وازالۃ الملک کذا فی المبسوط فیحمل ما ذکر قبلہ من ان اختلافہما فی اللفظ لا یمنع علی ما اذا کان سوی اللفظین متحدا وصفا ولا یخفی ان التعلیل الذی علل بہ قبولہا عند الاختلاف لفظا من ان العتق لفظ یعاد ویکرر یقتضی انہما اذا اختلفا فی انہ اعتقہ او وہبہ لنفسہ انہ یقبل ولو اختلفا فی الشرط الذی اعتق بہ العتق فاحدہما جعلہ کلام زید والآخر الدخول شلا لم تجز اذ لا یمکن القاضی من القضاء لواحد من الشرطین ولو اتفقا علی انہ الدخول مثلا وقال المولی بل کلام فلان فانہما فعل فہو حر لثبوت الدخول شرطا بالشہادۃ والکلام بقول المولی ولو شہد احدہما انہ اعتقہ بجعل والآخر بغیر جعل لم تجز لان العتق بجعل یخالف العتق بغیر جعل فی الاحکام وکذا لو اختلفا فی مقدار الجعل والمولی ینکر الجعل سواء ادعی العبد اقل المالین او اکثرہما ولو کان المولی یدعی اقل المالین والعبد ینکر عتق لاقرار المولی بحریتہ ولا شیء علیہ لا کذابہ احد شاہدیہ وہو الذی یشہد لہ بالاکثر فان ادعی العتق بالف وخمسمائۃ قضی علیہ بالف لان الشہادۃ لا تقوم ہنا علی العتق لان العبد عتق باقرار المولی وانما تقوم علی المال من مدعیہ لفا وخمسمائۃ وشہد لہ شاہد بالف والآخر بالف وخمسمائۃ یقضی بالف لاتفاقہما علی الالف لفظا ومعنی بخلاف الالف والالفین کما سیاتی فی الشہادات ان شاء اللہ تعالی ولو شہدا انہ اعتقہ ان کلم زیدا والآخر ان دخل فایہما فعل عتق لثبوت کل من التعلیقین

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوض عنه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما

بحجة تامة ولو تعارضت بينة العبد والمولى في مقدار ما اعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد البينة على انه قال ان اديت الى الفا فانت حر وانه اداها واقام المولى انه انما قال فان اديت الى الفين الى اخره فالعبد حر ولا شيء عليه لانه اثبت بينة تنجيز الحرية فيه ولو اقام العبد بينة انه باعه نفسه بالف واقام المولى انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل ولو باعه نفسه بالف فاداها ثم استحق المال من المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدي مستحقا او معيبا من المولى فحضر وهذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيقع من الوجه المستحق في الحكم ويكون له ان يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود المعتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته ما للمولى اذ قد اقرا بالرجوع انهما اتلفا مالية على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بان المولى كان اعتقه ان شهدوا انه اعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا ان عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به ان لم يكن ثمة مدع لذلك وتبين ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم وانما اخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدعي لما شهد به الفريق الثاني فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر وهو حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق على حلفة لا اشتم الدهر مسلما * ولا خارجا من في زور كلام * وقال امرؤ القيس حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما ان من حديث ولا صال * والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه لما جرى المص على ان يوالي التصرف الذي يصح تعليقه بالحلف به كما فعل في الطلاق فلم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون ضبط احكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه فلا تتفرق احكامه في الابواب ولي العتق بالحلف به اعلم ان بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك اجازه في العتق روي ذلك عن احمد للفرق بان الشارع متشوق الى العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق اي ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا ان يكون اضافه الى الملك قرره ليعود اليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظا اذ تقديره اذ دخلت فلفظ يوم ظرف المملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بالملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول يعني بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى الملك لا صريحا ولا معنى وعدل المص الى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ليفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول ثم ان كان في اللفظ انما اضيف الى لفظ اذ المضافة الى الدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد يوم وقت الدخول هو والا كان يكون على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول فتقييد اليوم به لكن اذا اريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا من الاستعمال الفصيح في نحو يومئذ وحينئذ

ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر لأن اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للأم لا مقصودا ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف فائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها وإن قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين

المؤمنون فإنه لا يلاحظ فيه وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ونظائره كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ إذ في مثله لتكثير للعوض عن الجملة المحذوفة أو عماد له أعني التنوين ولكنه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الألفاظ لا يخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا أي من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ بل قال إذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لأن قوله كل مملوك لي يختص بالحال إذ الجزاء حرية المملوك في الحال يتعلق في الحال بمملوك أي المملوك في الحال حرية هي الجزاء فلما دخل الشرط عليها تأخرت إلى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي حالا أن المتبادر من الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أي لاختصاص من جرت معنى متعلقها إليه أي معنى المتعلق مملوك فلزم من التركيب اختصاصه بالمتكلم بالمتصف بالمملوكية الحالية أي المملوكة فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة القضاء به بإثرها في الحال لإثبات الأثر بلا مؤثر وإذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونا أو مأذونا أو مؤجرا والإماء وإن لم يجمع اللفظ وأمهات الأولاد والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب إلا أن فرض لأنه مملوك من وجه فهو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر مع عرف الاستعمال يصدق ديانة مع أن طائفة من الأصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل الملك المشترك ولا الجنين إلا أن يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبي يوسف إلا أن يعنيهم سواء على العبد التاجر دين أو لا وقال محمد يعتقون نواهم أو لا عليه دين أو لا وفي قول أبي حنيفة إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا وإن كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال نويت ما يستقبل عتق ما ملكه في الحال وما يملكه إذا ملكه لأنه قصد تغييرا بما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل لأن التعليل يرشد إلى أن عتق ما هو في ملكه بهذه النية إنما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكي كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فإن قلت الفرق وفي الوجهين تخصيص العام فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكي لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فإن الثابت به أصل العموم فقط فيقبل التخصيص قوله ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق سواء ولدته لستة أشهر من وقت القول أو أقل أما إذا ولدته لستة أشهر فلأن اللفظ أي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه وقيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز أن لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال لم يقل لا يعتق بالشك لأنه لا شك لأن الظاهر أن مدة الحمل لا يكون إلا أكثر من ستة أشهر وأما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلأن المتيقن لوجوده حال التكلم وإن كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا للأم كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للأم والدليل على أنه يعتبر في الشرع نفسا مملوكة أنه لا يجزي عن الكفارة ولا تجب فيه فطرة قال المصنف وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك لي ولم يقيد بالذكر دخل الحامل فيعتق حملها تبعا ونحن نعلم أن لفظه مملوك ما لذاته متصفة بالمملوكية وقيده بالتذكير ليس حين للعموم إلى ما لدا بعث مفهوم مملوكة فيكون مملوكا عاما من مملوك ذكر وأنثى تشمله على أنثى لا لدلالة على علم التأنيث فيه ما إن للاستعمال الاستمرار على الأعمية فوجب اعتباره كذلك قوله وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد فمضى اليوم وبعد غد وقد حر إلا ما ملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف دون المشترى لفظ بعد غد بالرفع لأنه فاعل جاء والظرف وجه أن كل مملوك قدمنا أنه للحال وكذا لفظ أملك للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف ونحوهما كالناداة على التوسع واقتضائه يطلب على ما عرف في النحو وهذا أحد المذاهب لأهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال ملك وان

ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وإن مات عتقا من الثلث وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بينا فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ألا يرى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها والإيجاب إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سببه من حيث إنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا بالحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز

وإن كان حقيقة في الاستقبال إلا أنه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا فيقال أملك كذا ويراد كان كالحقيقة في الحال والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا أن مذهب النحاة ليس إلا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه والعجب منه جواب من زعم منه عن المصنف بأن قول المصنف إنه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لأن المشترك حقيقة في المعنيين انتهى فترك النظر إلى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة وهذا صريح في أنه في الاستقبال مجاز لاحتياجه إلى القرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة وما اختاره المصنف مذهب المحققين منهم كأبي علي الفارسي وغيره فاستدل عليه بما ذكر المصنف من أنه لا يراد الاستقبال إلا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال وأما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة فكان ينبغي أن يكون الجواب عنده على خلاف المذكور وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال لغلبة الاستعمال عند عدم القرينة أي المعينة لأحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو سافر واتزوج فإنه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة وإذا ثبت أنه يراد به الحال ينبغي على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يجوز بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما وإن ضاق منهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وإنما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر وهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة والجواب المروي عن أبي يوسف وأيضا لو لم يرد به الحال فقط فإما أن يراد كل منهما من المملوك في المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما إذ كل في الحال والمستحدث عنده ملكه لأنه حر في المعنى كل مملوك لي أو سأملكه مدبرا وكذا إن أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا من كان مملوكا له حال التكلم وملكه لي غد خلافا لأبي يوسف فإن على قوله لا يتناول إلا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان أو في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه إلى ستة أشهر أو إلى أن أموت أو أبدا لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الأقسام فتعين الأول وهو أن يعتق الكائن في وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرناه وعرف من هذا أن صور التراكيب ثلاثة أقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه إلى ستة ونحوه وما فيه خلاف فيهما وهو نحو كل مملوك أملكه غدا ففي قول محمد رحمه الله يعتق في الغد ما كان في ملكه والمستحدث خلافا لأبي يوسف وقول محمد أقيس بمسئلة يومئذ بقليل ع أي قوله ولهما أن هذا أي مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح

ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المترقبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة الاستقبال

استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر

بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا

ثم لا يقال الكلام جمع بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية واذا لا يجوز ذلك بسبب واحد

ايجاب عتق وايصاء لان حاصل التدبير ايجاب للعتق مضافا الى ما بعد الموت فهو ايجاب وايصاء به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء الذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف لما بعد الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول في الحالة الراهنة لعدم المناسبة لما فيها والزمن الحاضر من الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق على انه لو اوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك اولاد دخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كانه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد املكه فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في حقيقته اعني لفظ املك وهو ممنوع عندنا اورده المصنف واجاب بان الممتنع الجمع بسبب احد السببين وانت تعلم ان هذا قول العراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف ما فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو امكن ان يقال ان لفظ اوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قول كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه عند موته من قوله فانما يتعلق به عبارته عند ملكه الا انه لا نسلم تناول اللفظ الحال ولا المقدرة لتاخير تقديره الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا لا مطلقا ولا مقيدا كان اقعد بالاشكال فروع من تعليق العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا ان يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا ان يكون المشتري قبضه قبل البيع ثم يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه ان يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا تعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي فيه لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط لما كان مجموع امرين كان الشرط وجود الملك عند اخرهما وعلى هذا مثله في الطلاق ولو دخل احداهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فدخل ثم اشتراه فكلمه فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه انت حر اذا كلمت فلانا فكان المعلق كالمنجز عنده وهو الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه عند موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لان تعليق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك او مضافا اليه واذا لم يصح لم

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي فيه وقيام الرق

لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما نزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزى عند ابي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شي لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من بهيمة او حجر او حمار وقال احدكما حر او قال هذا وهذا عتق عبده عند ابي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا ان ينوبه ومثله وهذا اصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال احدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية بالجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر او لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فانت حر فشهد فلان واخر انه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمت فشهد هو واخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلم اباهما ان جحد الاب جازت شهادتهما لانهما على ابيهما بالكلام وعلى نفسهما لوجود الشرط وان ادعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للشهود به لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان الشهادة تظهر ان صدقه فيما يدعيه نفسه مشتملة على التهمة والله اعلم بالصواب

باب العتق على جعل اخر هذا الباب عن ابواب العتق منجزه ومعلقه كما اخر الخلع في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير اصل بل الاصل عدمه فاخره ليلي باصل عما هو اصل والجعل بالجعل للانسان على شي يفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبطها ميمه بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للعزيزي وديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان قوله ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف او بعتك نفسك بالف او وهبتكها على ان تعوضني الفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه في العوض بالكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضة وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده او عرض اما بالقيام او باشتغاله بعمل اخر بطل وليس له ان يقبل بعده ولذا صار دينا على الحر صحت الكفالة به عليه ما ذكر في الاصل عتق امته على مال تؤديه ثم ماتت فلم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال شي لانه ليس على الوارث في دين المورث شي ولو كانت اعتقته في حياتها كفيلا بالمال الذي اعتقها عليه جاز لانها غريمة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي للقوة باشتراط بقبوله حصول العتق للعبد بالبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل لانه في حق الرق تمامه ينبغي ان يكون على شي مرتب على دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا بالاداء او الابراء وبدل الكتابة يسقط بدونهما

والاطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره الجهالة في الوصف لانها يسيرة

قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له

بان عجز نفسه ولما لم تصح الكفالة به جاز ان يستبدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز ان يستبدل به كالاثمان ولا يجوز فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام قوله والاطلاق لفظ المال اى في قوله على مال ينتظم انواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كالف قفيز حنطة وان لم يقل جيدة او صعيدية وكفرس او حمار او عبد لان الجهالة يسيرة فتتحمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المصنف كونه معاوضة مال بالمال بان العبد لا يملك نفسه يعني الحاصل له في مقابلة المال ليس بمال لان نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه يبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تاخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد ذكرها المصنف في ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو اتاه بالقيمة اجبر المولى على القبول كما في المشهور وهو مذهب مالك واحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب او حيوان او دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو ادى اليه العبد او العرض فاستحق ان كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت ان القيمة في مثله مخلص وان كان معينا بان قال اعتقتك على هذا العبد او الثوب او بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم انه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا ان في البيع اذا لم يجز مالك العبد ينفسخ العقد وهنا لا ينفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه او مقداره بان قال المولى اعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة او على الف وقال العبد على خمسمائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو انكر اصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه والمولى فالقول في بيانه قوله ذا البينة بينة المولى الا انها اثبتت الزيادة او لانه يثبت حق نفسه ببينة ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالاداء وهي التي تلي هذه المسئلة اعني قوله ان اديت الي الفا فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه اما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق وكان القول للمولى وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد ايضا لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا في الشرطين ايهما اتى به العبد يعتق ولان المستحق للالزام وفي بينة العبد معنى الالزام اتم فانها اذا قبلت عتق العبد بادائه خمسمائة وليس في بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد اداء المال بهذا فاعرف ما بين المسئلتين ولو قال المولى اعتقتك امس على الف فلم تقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه اقر بتعليق العتق بقبول المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف عليه المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط وهو القبول وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال لها قلت لك امرك بيدك امس ان شئت فلم تشائي وقالت بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب امس بالف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت فالقول للمشتري لان القائل اقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما اقر به قوله ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الفا فانت حر ومعنى صح اي التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين بخلاف فيه من فروع الكتابة ليست صريحة في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد ماذونا ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا

وان احضر المال اجبر الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض

التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضي ان يتمكن شرعا من الاكتساب ولانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى المال منه فيلزم ان يجعله ماذونا لان الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتحققين بصفة انهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط **قوله** واذا احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه في سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها ان ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو يريد اخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان خمرا مجهولا جهالة فاحشة كما لو قال له ان اديت الي كذا خمرا او ثوبا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قبوله اي لا ينزل قابضا الا ان اخذه مختارا واما عدم العتق في قوله ان اديت الي الفا فحججت بها فانت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان كان قال ان اديت الي الفا احج بها يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والحج وقع مشورة وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على ان يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا اتى به اما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد ثبتت بصيغة الشرط اذا انضم اليها ما يقتضيها كقوله ان اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره في الذخيرة مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا هو المذكور في نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا تكون مكاتبة وله بيعها لانه تعليق بشروط وهو ان يؤدي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية ابي سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان اديت الي الفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه واداه في غيره لا يعتق اتفاقا واجيب بان ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل **قوله** ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال لينال العبد شرف الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهذا معنى معاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان اديت الي الفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت ادائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت حكم كذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان اريد بالمبدل العتق اما ان اريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى ان المال ملك السيد فكيف يعتق باداء وان انزل مكاتبا كما ان المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يجمع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيف ما قرر واما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد لو

ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي

يمتنع بيعه عليه ويصير العبد احق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه اداء مال وتسري الحرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا لان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل انه ثبت لها جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه اي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة الا انه لما تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت احكام الشرط اكثر من احكام المعاوضة فلم يثبت من احكامها الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا فان له ان يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما اداه وانزاله قابضا اذا اتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت المخالفة بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى فلا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة والثالثة لو كانت امة فولدت ثم ادت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه وادى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو ابرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر انه لا موقع لها اذ الفرق بين تحقق الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه او رد عليه بخيار عيب نفى وجوب قبول ما ياتي به خلاف عند ابي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في انه يجب ان يقبله ويعتق قابضا ووجه قول محمد ان وجوب القبول انما كان قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير انه لو قبل عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج من الملك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول ابي يوسف عندي اوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عند وانت علمت ان انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند ادائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا احكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة ثمة معتبرة شرعا لتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت احكامها ومنها وجوب القبول اذا اتى بالمال السابعة انه يقتصر على المجلس ولا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بان اعرض او اخذ في عمل آخر فادى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من ادوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى او اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة انه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل ان يؤدي بخلاف المكاتب التاسعة ان للسيد ان ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل ان ياتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة انه اذا ادى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسب كان للسيد فياخذه بخلاف المكاتب الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فاداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سنذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بادائه لانه ملك المولى الا ان يكون كاتبه على نفسه وماله فانه حينئذ يصير احق من سيده فاذا ادى منه عتق **قوله** ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لم يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وادى الباقي فانه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا نظار في وروده منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به تحقيق شرط العتق الذي

المختار

ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتى على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم

هو حق العبد وليس اداء البعض كذلك الا اذا كان فى ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار انه محقق الكل لا باعتبار انه بعضه فلهذا كان فى هذه المسئلة خلاف وما ذكره المص هو المذكور فى الايضاح وذكر شيخ الاسلام انه لا يجبر. قوله كما ذكرناه وذكر فى شرح الطحاوى ان عدم وجوب قبول قول ابى يوسف وانه القياس والاستحسان هو ان يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان ان وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه وما تقدم يعلم انه السيد لو حطه منه قبل ان ياتيه به جاز ولا يحتسب له به من اداء المشروط

قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط وهو اداء الالف حتى يعتق لو كانت الفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة واما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المص لاستحقاقها اضافة المصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق هذا بحسب النظر فى الغرض وهو ان يعتقه باداء الف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكه وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى قوله ثم الاداء فى قوله ان اديت يقتصر على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او عرض او اخذ فى عمل آخر ثم ادى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس فى كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتها عليه لا يتوقف ففى اى وقت ادى عتق وعن ابى يوسف ان ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير فى اى وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة الفعل ان تحقيق الفعل بدونه فلا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده اى وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر فى حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء فرع قال ان اديتما الى الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام فى المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المودى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى لاؤديها اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنهما اجنبى لا يعتقان لانه ليس اداؤهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمودى ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقها ولم يحصل مقصوده فان قال اؤديها اليك على انهما حران او على ان يعتقهما فقبل على ذلك عتق ويرجع المودى بالمال على السيد اما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبى ولو قال هما امرانى ان اؤديها اليك فقبلا عتقا لانه رسول عنهما

قوله ومن قال انت حر بعد موتى على الف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة

بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا

تؤخر وجوده الى وجود المضاف اليه ومنها ما بعد الموت ولو امكن اضافة في البيع ونحوه وجب فيه ايضا كون قبول البيع يتاخر الى وقت وجود المضاف اليه فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب للتدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا اعتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب [illegible] بعده وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول الا ليظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا علق [illegible] بدخوله الدار واورد ان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتي على الف فينبغي ان يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال اجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة لفظا فيكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في انت مدبر على الف لانه قابل الالف في التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في انت حر بعد موتي على الف لانه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى ان التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت في كل من قوله انت مدبر وانت حر بعد موتي بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم ثبت حق الحرية [illegible] عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لان حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق والله اعلم [illegible] عن ابي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه فقال قبلت اداء الالف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان في ان القبول بعد الموت وروى عن ابي يوسف فيهما ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابي يوسف في الاملاء اذا قال اذا مت فانت حر على الف درهم القبول في حالة الحيوة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين في ان القبول حالة الحيوة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال وذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد ولو قال انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر في الجامع في مسئلة انت حر بعد موتي على الف ان القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وح فما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر على الف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب ان يجعل قول ابي يوسف في قوله اذا مت فانت حر على الف ان القبول في حالة الحيوة رواية في انت حر بعد موتي على الف ان القبول في حالة الحيوة بل اولى لان هناك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن ابي يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت مدبر وهذا لان المولى ما رضى بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما في المكاتب واذا لم يستحق عليه بسبب غيره على ان المروى عن ابي يوسف ومحمد في المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وح يكون حرا فالحاصل تاخر وجوب المال الى حين حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق والمرجع

التقبول

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمته خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها

العتق عند القبول فقال المعهود عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وزاد غيره او الوصي او القاضي ان امتنعوا الا ان الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا اعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولهذا لو اعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس اهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولهذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولهذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هناك الموجود بطلان اهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروجه عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسوال وهو ان ما علل به من فوات اهلية المعلق لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محليته عتقه ان اراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد انه علل بما لا اثر له فاجاب المجيب بابداء علة اخرى او مانع وقال هذا جواب رد السوال فالصواب في الجواب انهم حيث عللوا بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يريدوا ان عدم اهليته لذلك بسبب الموت او غيره ومبنى السوال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه ليس اهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تاخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس اهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال اهليته ثم استدل على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر فهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى ان بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط ان يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل اعتقه القاضي ولم يكن قبل القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان السبب انه لا سائبة فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلو لم يبق على ملك الميت ويجعل مشغولا به من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لان القبول لا يعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر عن قول ابي حنيفة فاذا مات المولى وقال قبلت اداء الالف عتق ظاهر في عدم تاخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل بذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتاخرين من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا اصح فانه يفيد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق والمضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا اثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسياتي لبعضهم فرق في الباب بعده **قوله** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر فقبل العبد فعتق ثم مات المولى

ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شئ على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شئ ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امراتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل

من ساعته فعليه اي على العبد قيمته عند ابي حنيفة في قوله الآخر وهو قول ابي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبوله كما في غيره من المعاوضات لانه يصلح عوضا لان المنفعة اخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع انه تم امرها بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد او المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة اخرى وهي ما لو باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت او هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فلذا عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره في الكتاب ولا يخفى ان بناء هذه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي او لم يقل احدانه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت لان الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر ان الجارية او الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته او مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية او خالع عليها او صالح عن دم عمد ثم استحقت او هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا ووجه قولهما انها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا اقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة الى السيد حيث اخذ مالا في مقابلة اخراجه عن ملكه نعم هنا ملاحظة اخرى وهي باعتبار ما اخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات احدهما اخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بقيمته ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة فقس وعلى هذا لو اعتق ذمي عبده على خمر او خنزير يعتق بالقبول فان اسلم احدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة اما لو كان قال ان خدمتني اربع سنين او سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات احدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو اعطاه مالا عوضا عن خدمته او ابراه المولى منها او بعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتني وأولادي فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق **قوله** ومن قال لآخر اعتق جاريتك على الف درهم على ان تزوجنيها وفي بعض النسخ زيادة لفظ علي قبل على ان تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي ادل منه على ايجاب البدل على المتكلم وان كان كذلك مع تركها ايضا فاذا اعتق فاما ان تتزوجه او لا فان لم تتزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شئ اصلا لان حاصل كلامه امر المخاطب باعتاق امته وتزويجها منه على عوض الف مشروطة عليه عنها وعن مهرها فاذا لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها واما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمراة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج وغير ذلك من الشهادات والقضاء فلا يجب العوض الا على من حصل له المعوض فان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب قيمتها سقط عنه وما اصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة او كان قيمتها الفا ومهرها مائة او الفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين او الفين ومهرها مائة او الفا سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث **قوله** وقد قررناه من قبل يعني ما ذكر في خلع الاب ابنته الصغيرة حيث

ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسألة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوك

قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح **قوله** ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها وهو معنى قوله والمسألة بحالها فقبل اي اعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على ما عرفنا فما اصاب قيمتها اداه للمامور وما اصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها منه وجب لها عليه وانما وجب للمامور حصة قيمتها هنا لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض الف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما اصاب قيمة المدبر سقط وما اصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن اخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي ان يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجبت عند عدم وقوع العتق لانه من جهة الآمر لم يقبضها والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمامور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعفت فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها اجيب بانه بيع صحيح النكاح وقع مندرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسده ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المصنف لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر اذا زوجت نفسها وقد بيناه

باب التدبير لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحيوة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا احسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما ان التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخر ها الى ههنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا او معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيز نفسه غاية الامر ان بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك لامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فاما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد اضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك املكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند ابي حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو تدبير المالك اما الوكيل فلما في المبسوط لو قال لصبي او مجنون دبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق واذا انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره احدهما جاز ولو جعل امره في التدبير اليهما بان قال جعلت امره اليكما في تدبيره فدبره احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء الا يرى ان له ان ينهاهما قبل ان يدبراه في هذا الفصل ليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط

قوله اذا قال الرجل لمملوكه اذا مت فانت حر وانت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير

اذا مت فانت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

فانه اي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فاذا ان كلا افاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلثة اقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك او اعتقتك وانت حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي والثاني ما يكون بلفظ التعليق كان مت او اذا او متى مت او حدث لي حدث حادث فانت حر وتعورف الحدث والحادث في الموت وكذا انت حر مع موتي او في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على ان مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وانت حر بعد موتي سواء وكذا اعتقتك او حررتك بعد موتي والثالث ما يكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم اموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لان قرن به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا بجواز ان لا يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صريحة لانها استعملت في الشرع كذلك قال عم في ام الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم تورثت بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال انت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير مدبرا مطلقا فليس لهم ان يبيعه خلافا لزفر لانه كما اذا قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه او قال انت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشية الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشية بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر لوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق هنا الا باعتاق من الورثة او الوصي بمثل ما تقدم في باب المتقدم من انه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة في نوادره وكذا بيوم وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي فللوارث ان يعتق تنجيزا او تعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارته يعتق الميت دون الكفارة والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله او بمضي زمان طويل او على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي لينجز عتقه ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشية من العبد في مجلس موته او علمه بموته كما لتقييد مشيته في حياته بالمجلس التفويض اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقف به لانه في معنى الوصية لا يشترط في الوصية القبول في المجلس في الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر ابو بكر الرازي ومن المشائخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا اخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم وشهر وتقرر ملك للوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه واما في مسئلة المشية يتصل مشية العبد بموت المولى قبل تقرر الملك الوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم اشكل على ما تقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بالف فان زمن القبول كزمن المشية فانه يجب ان يتصل بموت المولى او بعلمه بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت بحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من ان القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكه بعد الدخول واستصحاب الملك الاول اسهل من نفيه ثم ادخاله

نخ حدث

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة وقال الشافعى رح يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات وكما فى المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهى غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية

فى ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب ان يبقى لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة اقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم فى انت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل اولى لان مجئ اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على انه لا يعتق الا باعتاقهم **قوله** ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو الذى علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل او بكتابة او عتق على مال وما سواه من التصرفات التى لا تبطل حقه فى الحرية يجوز فيجوز استخدامه وا جارته واخذ اجرته وتزويج المدبرة ووطيها واخذ مهرها وارش جنايتها وعلله المصنف فيما ياتى بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى فى جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه مانع الا رقبة واحدة واما ما استهلكه فدين فى رقبته يسعى فيه وعرف من هذا ان ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفى الجناية على المدبر ما فى الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت اجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم يعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو اوصى لولد فلان وله ثلاثة اولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم باعيانهم فبطل بموت احدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلثة اولاد ثم مات احدهم ثم مات الموصى كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل فى الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت **قوله** وقال الشافعى يجوز بيعه وهبته للمنقول والمعنى اما المنقول فما فى الصحيحين من حديث جابر رض ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبى صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم ارسل بثمنه اليه وفى لفظ اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك ولحديث جابر رض هذا الفاظ كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفى موطا مالك بسنده الى عائشة رض انها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو اخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبرونى عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سالتها ماذا اردت قالت اردت ان تموتى حتى اعتق قالت فان الله على ان تباعين من اشد العرب ملكة فباعتها وامرت بثمنها فجعل فى مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحر كان يباع فى ابتداء الاسلام على ما روى انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق فى دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره فى الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحابا كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير ازالة الرق عنه ثم رايناه انه صح عن ابن عمر رض لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطنى رفعه وصحح وقفه واخرج الدارقطنى ايضا عن على بن ظبيان بسنده عن ابن عمر رض قال المدبر

بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك **قال** وللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطيها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات

من الثالث وضعف ابن ظبيان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها فلا يعارضه لو قال ثم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا ان بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر لا يصلح لمعارضة حديث جابر وايضا ثبت عن ابي جعفر انه ذكر عنده ان عطاء وطاؤسا يقولان عن جابر في الذي اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اعتقه عن دبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابو جعفر شهدت الحديث من جابر انما اذن في بيع خدمته رواه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن ابي جعفر وقال ابو جعفر الهندواني كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك ابن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة عن ابي جعفر انتهى ولو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه وان كان متشيعا فقد صرح ابو جعفر وهو محمد الباقر الامام ابن الامام زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن الغرس قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد او ان المراد انه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد ان التدبير عقد لازم سعى في تاويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تاويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص اخر يمنع من العمل باطلاقه وانت اذا علمت ان الحر كان يباع للدين ثم نسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله اعتق عن دبر او دبره اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي دبره مقيدا انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث ابي جعفر مرسل تابعي ثقة وقد اقمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد انه قول جمهور السلف علمت قطعا ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروي عن عائشة بجوازه لكون تدبيرها كان مقيدا لانه ايضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله او غلطه واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه فما ذكر في الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر انه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا اي اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكره المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره اي غير قوله انت حر المعلق وفي اذا مت او المضاف في بعد موتي فاما ان يجعل سببا في الحال او بعد الموت وجعله سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلافه بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده اولى فهذا اوجه اولوية سببيته في الحال ووجه اخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعني لا يثبت

فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه

الملك وزواله من ثبوت الاهلية لها والموت يبطلها بخلاف الجنون لان المجنون اهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه او وهب لوليه وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيئا فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد ابواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلهذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لنزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون اهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور حال حيوته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال الا انتقضت لكنها لم تنتقض شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لانها ايمان واليمين فى شكله يعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد لمنعه فانه يضاد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببيته المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وامكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت بسببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل النسخ ولا شك انه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كائن البتة لزم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم ان لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجئ الغد بعد وجود اشتراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما اما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بان الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على ان كون التعليق بمثل مجئ الغد ورأس الشهر نادرا غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو ان التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة ويرد عليه انه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارة الاكثر وهو ان المراد بقوله والوصية خلافة فى الحال الوصية المذكورة وهى الوصية له برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر وانت حر بعد موتى وبين قوله اعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف اعتقوه واورد عليه ان هذا فرق بعين محل النزاع لان حاصله ان الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا يكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاولى سواء ولا مخلص الا ان تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف وكون ذلك فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك **قوله** وان مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا اول الباب ولان التدبير وصية وبانفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله** وولد المدبرة مدبر فيعتق بموت سيدها والمراد المدبرة المطلق اما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها اولاد المدبر

وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة

وليس بصحيح لان الولد يتبع امه لا اباه فان تزوج المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا او امة فولدها عبد سواء كان ابوه حرا او عبدا
مدبرا ولا تحرم المراد والولد الذي كانت حاملا به وقت التدبير والولد الذي حملت به بعد التدبير اما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها
اما الذي كان حملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهي حامل واما الذي حملت به بعده ففي قول اكثر اهل العلم وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز
والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك واحمد وللشافعي فيه قولان
قال المص وعلى ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم يعني الاجماع السكوتي فانه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت.
وجابر وابن مسعود رضي ولم يرد عن غيرهم خلاف ولا يخفى ان سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل
فيه اشكال مما ذكر من طرق الشافعية ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى
لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق
واعلم انه اذا احلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره في المبسوط
في باب الشهادة في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة اشهر كان مدبرا والا لا ولو
كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها وولدته لاقل من ستة اشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد
ان يقدر على السعاية ولو دبر احدهما ما في بطنها بان قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر انت حرة بعد موتي فولدت لاقل
من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول وتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير امه
وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من الاول والاقل منها تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام
باعتبار انه جزء وفي هذا لا يفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر الام واما الام فنصفها مدبر للذي دبرها والآخر بالخيار بين
ان يعتق نصفه قيمتها ان كان موسرا وبين ان يستسعيها فيعتق الام تضمينه الولد المدبر لانه ضمان الى الضمان انما لزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت
فيه حق الشريك الا يرى انها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة
ولانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت له حق ان يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها واذا دبر ما في بطن امته لم يكن له
ان يبيعها ولا يهبها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا اعتق ما في بطن امته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة
روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز عتقه ولو اعتقه جاز هبتها لانه بالتدبير
لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل
القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما في بطنها
فولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توأمان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير في البطن ولو
دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعده لاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة ايضا تبعا للام
فاذا ادت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان تؤدي عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولدان يسعى فيما على الام

وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

لانه دخل في الكتابة بان مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير او باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان يخرج من الثلث عتق ولا شئ عليه لان مقصوده حصل فرع ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة او ولد حرة ولا يريد به عتقا لم يعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق وكانه قال انت مثل الحرة او المدبرة قوله وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا او قتلت او غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل يقع اولا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فاذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما قبل آخر جزء من اجزاء حيوته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برء من ذلك المرض او رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال انت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه أجيب بانه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمي فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد فانه لا يثبت حقا للعبد للحال وكذا هنا ولو قال اذا مت او قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف ليس مدبرا لانه علقه باحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه باحد الامرين يمنع كونه عزيمة في احدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر احسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن احد الامرين من الموت قتلا او غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان آخر روى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشئ آخر بعده ثم اذا مات ففي القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل ان يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموته بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط قوله ومن المقيد اي من التدبير المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين فانت حر فان مات قبل السنة او العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة او العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في راس السنة يعتق لان الغاية لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه منجز تنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط ومنه انت حر قبل موتي بشهر او بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول ابي حنيفة يستند العتق الى اول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب لانه كالكائن لا محالة فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال قاضي خان على قول اصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تابيد معنى وهو كالخلاف في النكاح الموقت اذا سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تابيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والحكم كما نص فانه في النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تابيدا موجبا للتدبير فروع كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق

باب الاستيلاد

بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء عن اداء المال بالعتق الحاصل من التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شي من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف. وقال محمد سقط ثلث بدل الكتابة ايضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على مالو كاتبه اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لم يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر كاستحقاق ام الولد جميعا بالاستيلاد ولو كاتب ام ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع وروده والعقد عليه ولهما طريقان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت مالم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وعرف ان التدبير يوجب استحقاق شي له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبول المولى الكتابة صحيح لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز ان لا يموت المولى قبله واذا ثبت ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشي من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شي عنه بخلاف مالو كاتبه اولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا شي من رقبته عند الكتابة فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو اوصى لعبد لانسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف مالو كاتبه اولا ثم دبره لان حقه عند التدبير احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى او مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية فيختار ايهما شاء. وعن ابي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا اقل المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لانه ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند ابي حنيفة يتخير بين ان يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في اقلهما عينا ولو كاتب مدبرة فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشي لانه ما ادى عنه شيئا انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت احق به فكان اداء من ادى احدهما او كلاهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولد له في كتابته من امته فعليه ان يسعى في جميع الكتابة لانه قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلهذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

تعليقه

باب الاستيلاد لما اشترك كل من المدبر وام الولد في استحقاق العتق وتحققه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير انسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه فالاستيلاد مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص وهو طلب ولد امته اي استلحاقه

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها

اي باب بيان احكام هذا الاستحقاق الثابتة في الام واصله استولاد وهذا يجب قلبه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وام الولد
تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء اخص من ذلك وهي الامة التي ثبت ولدها من مالك كلها او بعضها
قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما لثبوته ففي العبارة قصور وذلك لانه
يريد انها اذا ولدت منه صارت ام ولد لا بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا
تمليكها ولا هبتها انتهى بل اذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كان مذهب جمهور الصحابة رضي
والتابعين والفقهاء الا من لا يعتد به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه ابوداود وقال الحاكم على شرط مسلم واخرج النسائي عن زيد العمي الى ابي سعيد الخدري
كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق
وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا
يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما في رواية ابي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن امه
عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن غيلان فذكر البيهقي بانه احسن شيء روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عمي في الجاهلية
فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين في دينه فاتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس بن غيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي
ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته الآن تباعين في دينه فقال عليه الصلاة والسلام من ولي الحباب قيل اخوه
ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فاتوني اعوضكم قالت فاعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم
رقيق فعوضهم مني غلاما ولا يخفى ان هذا لا يدل على انها تعتق بمجرد موته بل على انه سألهم ان يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام
بل يفيد انها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعي في ذلك من انها عتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به لهم نعم يحتمل ان يراد
باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي وان العوض من باب التفضل منه عليه افضل الصلاة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا
يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله انه قال يعني في مارية القبطية اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجة
عن ابن عباس قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وطريقه معلول بابي بكر بن عبد الله بن ابي سبرة
وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس بسند ابن ماجة رواه ابن عدي في الكامل لكن اعله بابن ابي سبرة فقط فانه يرى ان حسينا ممن يكتب حديثه واخرج ابن ماجة ايضا عن شريك عن
حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا
توثيق لحسين وعلى ابو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن ابي اويس حدثني ابي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ايما امة ولدت من سيدها
فانها حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه احمد عن ابن عباس رضي الله عنهما ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا
المعنى ولهذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه

لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيـــــــــــــــــــــثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

مع ان ابن القطان قال في كتابه وقد روي باسناد جيد قال قاسم بن اصبغ في كتابه ثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعد ابو خيثمة المصيصي ثنا عبد الله بن عمرو هو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال عليه السلام اعتقها ولدها من طريق ابن اصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد ومما يدل على صحة حديث اعتقها ولدها ما قال الخطابي ثبت انه عليه السلام قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عليه السلام انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق واذا ثبت قوله اعتقها ولدها الخ وهو متاخر الى الموت اجماعا وجب تاويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر انه عليه السلام نهى عن بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم اخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار واعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المدني واسند تضعيفه عن النسائي وغيره ولينه ثم قال يكتب حديثه ثم اخرجه عن احمد بن عبد الله العنبري حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه واخرجه ايضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه فقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطني وعندي ان الذي اسنده خير ممن وقفه واخرج مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا واخرج الدارقطني من طريق عبد الرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد وقال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ولا شك في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة احد لعمر حين افتى به وامر فانعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم على عدم بيعهن فهذا يوجب احد الامرين اما ان ما كان من بيع امهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل في عهده عليه السلام حكمه الرفع لكن ظاهرا لا قطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما انه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة واهل الردة ومانعي الزكوة ثم ظهر بعده كما جاء عن ابن عمر كنا نخابر اربعين سنة ولا نرى بذلك باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها واياما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك ومما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما اسنده عبد الرزاق انبانا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيي ورأي عمر في امهات الاولاد ان لا يبعن ثم رايت بعد ان يبعن فقلت له فرأيك ورأي عمر في الجماعة احب الي من رأيك وحدك في الفرقة فضحك علي رضي الله عنه واعلم ان رجوع علي رضي الله عنه يقتضي انه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع ام الولد فقال

فنقول

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بموته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله

يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان ابو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها بما حبلت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى ان يثبت المزيل **قوله** ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين اللذين خلق منها قد اختلطا وهو جزؤهما بحيث لا تتميز هذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية اوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل ام ولده فقد بقي اثرها شرعا واليه اشار عمر رضي الله عنه فيما رواه محمد بن عمارة قال اشتري ابي امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر رضي الله عنه بردها وقال بعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما مؤجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه ان المراة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعدما ولدت له ابنا يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها اجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب للرجال اي الى الاباء لا الى الامهات فكذا الحرية التي تبتني على النسب باسم الامية تثبت في حق الرجال لان النسب اليهم فيتفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها صارت ام ولد له تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فيتفرع عليه انها لو ملكت الحرة زوجها العبد بعدما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالاخرة بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت امة لرجل من زنى ثم ملكها لا تكون ام ولد له فلا تعتق بموته واورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فادعى كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب واجيب بانه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب والحق ان ثبوت الامية في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد ام ولده الزوجية **قوله** وثبوت عتق الخ يعني قد ثبت بما ذكرنا انه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل ان يقول ثبوت العتق المؤجل الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حرة مع ذلك لم يمتنع البيع فله ان يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صح النص بالنهي عن بيعهن ولا يوهبن بمعنى الجزئية التي اشار اليها عمر رضي الله عنه **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدها ثبت نسبه وتصير ام ولد له فهذان حكمان وقع التشبيه في احدهما وهو امومية الولد لانه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله لان الاستيلاد لا يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها ام ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزى ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدمه في باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

قال وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع

فلا تناقض فصار الحاصل ان الاستيلاد لا يتجزى اى لا يكون مع بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا ضرورة لانه مبنى على ثبوت النسب وهو لا يتجزى واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف انه يتجزى فى باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة واما التعليل بثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة فى المملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفى لصحة الاستيلاد **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها وهو مطلق لهذه الامور فاشبهت المدبرة ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف فى الاجارة ويملك كسبها واعتاقها وكتابتها واورد ينبغى ان لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما فى المعتدة غير ان المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغى ان لا يصح قبله واجيب بان جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطى ووقع الشك فى خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بحيث وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل ان يقول اذا علم ان احتمال الشغل مانع ولا شك فى ثبوته بعد الوطى تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب ان يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المصنف فى فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان تزوج ام ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفى ولدها بالنفى من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل فافاد ان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف عن مسئلة ما اذا راى امرأة تزنى فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطى مع ان احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطى لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا اجاز عند ابى حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير انه لا يحل وطيها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها فتح فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطيها وان كان لا يستحب او يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش ام الولد ليس قويا على ما صرح به فى المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة الا ترى انها متعينة لثبوت نسب ما تأتى به ففى تزوجها جمع بين الفراشين **فرع** اذا باع خدمة ام ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه وعن ابن سماعة عن ابى يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق **قوله** ولا يثبت نسب ولدها اى ولد الامة لا ام الولد يرجع الى المذكور اول الباب فى قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا ان يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثورى والبصرى والشعبى ومروى عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعى ومالك واحمد رح يثبت اذا اقر بوطيها وان عزل عنها الا ان يدعى انه استبرأها بعد الوطى بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا انها بالوطى صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأها

لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطى وانه اكثر افضاء اولى قلنا ان وطى الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطى بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

مع ان الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب ان لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبار للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند مالك مثله عن احمد وهو وجه ضعيف للشافعية

قوله لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في ان النسب يثبت بما تاتى به الامة بمجرد وطيها وهو انه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى يثبت نسب ما تاتى به المنكوحة بعد العقد وان لم يعلم الوطى لوجوده بعد المفضى الى الولد فثبوته بعد وطى البالغ وانه اكثر افضاء الى وجود الولد اولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبى لا يثبت به نسب وان كان بعقد وضع للولد ولنا ان وطى الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع من قصده وهو سقوط تقومها عند ابى حنيفة ونقصانه عندهما وكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه ينتفع ما قبل فلا يلزمه بمجرد الوطى وما قبل الوطى قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما علم فيبقى على الاصل من العدم واعلم ان اصل ويعلم فيه المنقول من حديث عائشة رضى قال اختصم فيها سعد بن ابى وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى فى ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن اخى عتبة بن ابى وقاص عهد الى انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا اخى يا رسول الله ولد على فراش ابى فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فراى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبى منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذى واجيب بانه وم انما قضى به لعبد بن زمعة على انه عبد له ورثه لا على انه اخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو اخوك يا عبد وقال احتجبى منه يا سودة ولو كان اخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بان فى رواية اخرى هو اخوك يا عبد واما الامر بالاحتجاب فلما راى من الشبه البين بعتبة فيدفع الاول بان هذه الرواية تح معارضة لرواية هو اخوك وهى ارجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب اخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا ان كل من اشبه غير ابيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب اخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذ قوله الولد للفراش ينفي به نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعنى الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو عبدلك يا عبد ميراث لك من ابيك واعلم انه روى عن الامام احمد اما الميراث فله واما انت فاحتجبى منه فانه ليس لك باخ فتصريحه بانه ليس اخا لها يفيد انه ليس اخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو اخوك وقوله اما الميراث فله يفيد انه اخوهما فاما ان يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه او يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفى الاخوة الحقيقية وهو ان يخلق من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعى فى عدم الاحتجاب ان يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو فى الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لستن كاحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش بمعنى ام الولد وح فقوله هو لك اى تقضى كذلك يكون المراد انه اخوك كما هو الرواية الاخرى اما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضى انه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تاتينى وليدة يعترف سيدها انه قد المّ بها الا الحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك او اتركوا رواه الشافعى رح فمعارض بما روى عن عمر رض انه كان يعزل عن جارية

فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصوداً منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر اخر هكذا روي عن ابي حنيفة

فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه واسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس انه كان ياتي جارية فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن زيد بن ثابت انه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطيها والمروي عن عمر من قوله انه يلحق بالواطي مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك انا بينا ان الواطي اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار اولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني ملحق بكم اياهم مطلقا واما من علم منه الاعتدال في الامر بان يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك اي بعد ان اعترف بولدها الاول ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول يتبين كون الولد مقصودا من الوطي فصارت فراشا وبهذا تبين ان الاولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطيها الولد ظاهرا كما في ام الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى ذلك ووضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما ياتي به فانها تكون متعينة بثبوت نسب ما تاتي به وهو الذي عرفوا به الفراش وظهر ان ليس الفرش ثلثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي هو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش ام الولد بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان وقد صرح لهم فيما تقدم ان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تاتي به او كونها يقصد بوطيها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي انه لو اعترف فقال كنت اطأ لقصد الولد عند مجيئها بالولد ان يثبت نسب ما اتت به وان لم يقل هو ولدي لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على ان وطيه لقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء واظن ان لا بعد في ان يحكم على المذهب بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه اذا لم يقض القاضي به او لم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيه ما دليل اقراره من قبول التهنية ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تاتي به في حال حل وطيها له بعد الولد اما لو عرض بعده حرمة موبدة بان وطيها اب سيدها او ابنه او وطي السيد امها او ابنتها او حرمت عليه برضاع او بكتابة فانه لا يثبت نسبه الا باستلحاقه ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تاتي به لاقل من ستة اشهر من حين عروض الحرمة او لتمامها ففي الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تاكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض او نفاس او صوم او احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذي يزول لا باختيارها المفضي عادة بلا اختيارها **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني من عدم لزوم الولد وان اعترف بالوطي ما لم يدعه حكم اي في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن ابي حنيفة انه ان

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره

كان صلى الله عليه وسلم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب ثم ان كان عزل عنها وحصنها او لا او لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مامون جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر وهو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم الزنا في المسلمة يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذلك وهما العزل او عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظ او في قوله وان عزل عنها او لم يحصنها اولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه انتهى ولا شك في ان كونه من غيره عند ضبط العزل ظاهر واما ظهور كونه من غيره اذا افضى اليها ولم يعزل عنها ففيه نظر بل اورد ان المصرح به وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال لانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى انه لا احد يقبل ثبوت نسب ما اتت به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل انه يثبت عزل عنها او لم يعزل وهذا فرع الانزال والحق ان المذكور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر ان الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز ان يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز ان لا يستلحق نسب من ليس منه فكان الاستلحاق مبنيا على اليقين او الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكا **قوله** وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرهما في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهو كمذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر سببه يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغي ان يدعي ولدها اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد وفي الايضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال ابو يوسف احب ان يدعيه وقال محمد احب ان يعتق الولد وعبارة المبسوط يفيد الوجوب **قوله** فان زوجها المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم امه حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا انه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطئ امها وهذه اجماعية وهي واردة على الاطلاق حيث قال هو في حكم امه وهذا لان الصفات القارة في الامهات تسري الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان ابوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه اقوى فان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزى ثبوتا فلا يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سنذكر وقول المص لان الفراش يقتضي ان لا فراش للمولى حال كونها مزوجة للغير اصلا وهذا اذا جاءت به لستة اشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد فيستحب بل يجب ان لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف انه ابنه من امته تعلق حرا كما تقدم غير انه عارضه في ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم تعارضه في ثبوت الحرية ذلك فاخذ بزعمه ولم يستحسن قول المص رحمه الله لان الكلام في تزويج ام الولد وانما يحسن لو كان في تزويج الامة التي ليست ام ولد كالصورة المذكورة في المبسوط

ويعتق الولد ويصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام
امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة
والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا
ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم

زوج امته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير ام ولد له وتعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية وقد تكلف له
ان قوله ولهذا القنية قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد القنية قن ونسبه يثبت من الزوج اذا زوج مولاها
فح يستقيم الا انه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن ام الولد بمنزلتها **قوله** ويعتق الولد
اي ولد ام الولد المزوجة الذي ادعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم انه ابنه وتصير امه ام ولد له تعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية
حيث ادعى ان ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل هو معترف بانه علق من الاصل فان قيل كيف يثبت امومية الولد
مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كان لثبوت الاستيلاد وان كان في ضمن
مالم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع ان احتمال كونه من السيد قائم لجواز وطى قبل النكاح الا انه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت
النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبرا في الام لحاجتنا الى الامومية الموصلة الى العتق **قوله** واذا مات المولى عتقت يعني ام الولد
من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن
من الثلث وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ لقوله لما روينا اي لانه
صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على
عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي
بعد ذكره انه غريب قال وفي الباب احاديث وساق كثيرا من قدمنا ما ليس فيه زيادة على انها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى
ان كلها في غير المقصود فان المقصود انها تعتق من كل المال وليس في شي منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال
كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب الا ان جماعة تكلموا في عبد الملك **قوله** ولان
الحاجة الى الولد اصلية كحاجته الى الاكل اي حاجته الى امه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير اذنه لحاجته الى وجود نسله
كما جاز له اكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذا لم تخرج منه فصار
اعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب وله يتبعه امومية فلا يقدم عتق المدبر
على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان على السيد دين مستغرق سعى في كل قيمته على ما سلف **قوله** ولانها
اي ام الولد ليست بمال متقوم عند ابي حنيفة على ما تقدم حتى لا تضمن بالغصب عنده يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف انفها بخلاف المدبر اذا مات
عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين اثنين فاعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيئا
ولا تسعى هي في شي ايضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بالغصب بالصبي الحر عند ابي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها
سباع فاكلها او اصابه الا انما تضمن بالقتل لانه ضمان دم وان لم يكن مالا متقوما فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو
مديون فليس لاصحاب الديون ان يطالبوا من عليه القصاص بديونهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابلته ما وجب عليه من
القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل جارية [illegible]

واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رحمه الله لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور

وعفى المديون قبل موته صح وليس لارباب الديون ان يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من يجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيئا لانه ليس حقا ماليا والاقرب المتبادر الاول **قوله** واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها يعني اذا اسلمت فعرض الاسلام على مولاها فابى فانما يخرجها القاضي عن ولايته بان يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة الا انها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لو ردت الى الرق عادت مكاتبة لقيام اسلامها وهو الموجب فلا فائدة في اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا اسلم مدبر النصراني وتسميته مثل هذا دونا على التشبيه والا فاللازم ليس الا ما ذكرنا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر انها لا تقدر الا بذلك والا لو وجدت المال في الحال لم يحتج الى ذلك وقال زفر يعتق للحال اي بحال اباء مولاها الاسلام فالسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة فان اسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو اسلم بعدها وقال مالك انها حرة تعتق مجانا وقال الشافعي واحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى ان يموت فتعتق بموته او يسلم فيحل وجه قول زفر ان النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك في اعتاقها بالقيمة لا بخلافه مجانا كما قال مالك فانه اهدار [illegible] الامر كما ذكرت غير ان تعييننا انفع للضرر عنه فانه لا يصل الى البدل عقيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي بذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد قال علماؤنا خصومة الذمي والدابة يوم القيامة اشد من خصومة المسلم بخلاف ما اذا وقف عتقها على الاداء فانه حامل على الايفاء فكان اعتبارنا اولى اذ كان انظر للجانبين وقوله ومالية ام الولد الخ جواب سؤال يرد على ابي حنيفة في قوله بنفي مالية ام الولد وهو انها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عنده فقال الذمي يعتقد تقومها فيترك وما يعتقده اي مع ما يعتقده لانا امرنا بذلك فقدرنا باعتبارها متقومة في حقه وقد تقدم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو سلم انها ليست متقومة مطلقا فهي محترمة وهذا يكفي لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفا احد الاولياء المستحقين يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا ليس نصيبهم حقا مالا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة ازالة ملك بل بدل فيتضرر الذمي الا ان هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب ام الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه ايضا بان بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم ام الولد وانت سمعت في العتق على مال وجه كون ذلك المال عند ابي حنيفة بدل ما هو مال فارجع اليه وان كو بدل ما ليس بمال قول محمد واذا مات مولاها النصراني عتقت وسقطت عنها السعاية لانها ام ولد له **قوله** ومن استولد امة غيره بالنكاح يعني تزوج امة لغيره فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول احمد في رواية وقال الشافعي لا تصير ام ولد له وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ثم عندنا تصير ام ولد له من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب لان امومية الولد عند مالك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدها ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيما وصف الامومية بعد الملك ان كان بامر متقدم فيثبت الولد منفصل بالسراية في المنفصل قبل الامومة ويتفرع على هذا ان لو ملك ولدها لها من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس ابن ام ولده بخلاف ما لو ملك له ولده منها قبل ملكها فانه يعتق اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت باخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت ام ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز

لو انها علقت برقيق فلا تكون ام ولده كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم امه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت او بنكاح على انها حرة فظهرت امة تصير ام ولد عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير ام ولد وفي آخر لا تصير ام ولد لان الولد المغرور حر بالقيمة يوم الخصومة **قوله** له اي للشافعي انها علقت برقيق فلا يكون ام ولده كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومة الولد باعتبار علوق الولد حرا وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بان الرق في ام الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزءها حر ومقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا ان الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزءا حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبتت بعض الحرية [illegible] ما لا يبقى منها في الحال وبهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وتايد هذا بقوله عليه السلام ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته فتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها ولنا ان سبب الامومة في محل الاجماع وهو الاصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل يعني عند قوله اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الامومة بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزاني فيه فلا تصير الامة التي جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزاني ام ولد له استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير ام ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغي ان لا يعتق الولد اذا ملكه ابوه من الزنا اذ كان لا يثبت نسبه منه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره اي نظير ام الولد من الزنا حيث لا يعتق عليه لعدم انتسابه الى ابيه من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل بواسطة نسبته الى ابيه وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان اخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك او ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله عليه السلام ايما امة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انما تثبت منه غير متعرض لنفيها من غيره فاذا صح تعليقه بثبوت نسب ما يأتي به منه تثبت من غيره اذا اثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لانا ننفي المفهوم المخالف وهم وان اثبتوه قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا انه يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد امته التي زوجها من غيره فان نسبه انما يثبت من الغير لا من السيد وتصير ام ولده وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا او اعتبارا وما تنتفي منه الامومة ما ذكر في الايضاح امة جاءت بولد فادعاه اجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى او كذبه فان ملكه المدعي عتق ولا تصير امه ام ولده **قوله** واذا وطئ جارية

ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له للاب سواء كان الابن وطئها او لا لان حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض وعليه قيمتها لانه ملكها قبل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه وليس عليه عقرها لسبق ملكه الوطء ولا قيمة ولدها لانه انعلق

وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال بقاء الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين

ـــــ

نر التقدم الملك على الام وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في باب النكاح الرقيق من كتاب النكاح للشافعي قولان احدهما تصير ام ولد وتضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطئ اذ لو اثبته سابقا عليه لم يتجه له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير ام ولد ويلزم المهر لانه لم يملكها وهو قول احمد وعلى هذا يستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطئ حملت او لا واذا كان تملكها لاثبات الاستيلاد بقيد انه لا يصح دعواه ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف بخرجهما فقصدا خرجهما باللفظ والا فيها الحكم المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق اذا وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء ورد ولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم يصح دعوته الا ان يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه اما المعتوه لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند ابي حنيفة ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ **قوله** وان وطئ ابو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط صحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فان الجد يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او لحق وقضي بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم اشتراها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب **قوله** واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كانت في المرض او الصحة وهذا اذا ادعى احدهما واعتق الآخر معا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية يثبت في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي لابتداء الغاية اي يثبت من نصف الامة المملوكة او لا تكون للتعليل كقوله م امرأة دخلت النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله يثبت في الباقي يبقى اعنه وحاصل المعنى انه يثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى ثبوته من امرأة فثبوته من بعضها بوصف ثبوته من كلها ولا يقال سياتي انه يثبت من رجلين بالنسبة الى مرتدة لانا نقول ليس في ذلك تجزيه من امرأة لان النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها الواحد ومن البعض الآخر وانما لا يتجزى لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امرأة بان يعلق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سياتي فعدم التجزي ان لا تعلق

وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك

الولد نصفها **قوله** وصارت ام ولد له اتفاقا اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا يتجزى ثبوت النسب فلا يصير نصفها ام ولد له ثم يتملك نصف شريكه بل تصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزي الامومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك فجازت امومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي او اعتاقه الى آخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزي العتق اوجب ان لا يقر بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق فالحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها في حق الامومة بل التجزي في الابتداء ثم يتم الكل عنده وعندهما صارت ام ولد من اول الامر ثم لا يخفى ان تعليل يملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه افسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضي الشريك بترك تضمينه فليصير نصفها ملكا له ونصفها ام ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر او يسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذي علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقب وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطئ وبابتدائه يثبت بالمهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصاب حصته ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المص وقد ملا الكتاب من ذلك واوله من باب من تجوز دفع الصدقة في خلافية زفر فيما اذا وقع النصاب للفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فاجابه بانه حكم الدفع فيتعقبه ثم لم يزل يكرره في كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطئ في ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو العلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطئ اجيب بان الاستيلاد عبارة من جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد ومنه الوطئ فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت في ذلك قبل ذلك الوقت ايضا فلم يعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن له شيئا واعلم ان مقتضى ما ذكره المص من ان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ذلك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستيلاد والنسب الى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شيء على ملكه للشريك لكن كونه اراد بالاستيلاد في قوله حكما للاستيلاد الوطئ لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق او على مجموع الوطئ مع الانزال والعلوق

وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعلمنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة رض

اما مجرد الوطي بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك مح لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد صيرورتها ام ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها في الاصح لا يفيد لان نقله مع العلوق ايضا بلا موجب لانها ما لم تصر ام ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه ح ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا حملت على ملكهما فان اشترياها حاملا فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه تضمن تغيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطي لم يوجد في ملك شريكه **قوله** وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو اعتقها احدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل احد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بما له على الآخر وفائدة الايجاب العقر مع التقاص له ان احدهما لو ابرأ احدهما عن حقه بقي حق الآخر وايضا لو قوم نصيب احدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد فهذه احكام دعوتهما ذكرها القدوري منها انه للباقي منهما حتى اذا مات احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المص بينهما بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيفيده بما اذا لم يكن مع احدهما مرجح فلو كان بان الشريكان ابا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيده هنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة اشهر يعني فصاعدا او لسنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك احدهما كان اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشراء فادعياه وهي ام ولد المزوج فان نصيبه صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا بقاؤه عنده فيثبت في نصيب شريكه ايضا وايضا ما اذا حملت على ملك احدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة اشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول اولى لكون العلوق في ملكه واذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكاها او ولدته قبل ملكهما اياها فاشترياها فادعياه لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد بان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشائخ فيما اذا قال لعبد هذا ابني وامه في ملكه هل تصير ام ولد له اولا قيل نعم مجهول النسب او معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل في ذلك على انه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي يقول في القديم ورجع عليه احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب

ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وللباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثله ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب

الى ايهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غير امه والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء وغيرها من الآثار من قاف اثره يقوفه مقلوب قفا اثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي فغيره وهو قول احمد وقال به مالك في الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من مائين لانها كما تعلق منه ينسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو الحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا الحقوه بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما اخرج في كتبهم كلهم من سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة الم تري ان مجززا المدلجي دخل علي وعندي اسامة بن زيد وزيد عليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داود وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر رضي الله عنه انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم بذلك قال ولانهما استويا في سبب الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فما يقبل التجزي كالارث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كأن ليس معه غيره وقوله ان المعروف في قصة عمر رضي الله عنه ما قال سعيد بن منصور ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما ابواه يرثانه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فالحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعى عمر رضي الله عنه القافة واقتدى في ذلك ببعض القافة وهو الحقه احد الرجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما دعى عمر رضي الله عنه القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأى القافة قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلد لاكلب فيكون كل جرو لابيه ما كنت ارى ان مائين يجتمعان في ولد واحد واسند عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينكما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المصنف وعن علي مثل ذلك يشير الى ما اخرج الطحاوي في شرح الآثار عن مالك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منهما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن علي قال اتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما وضعفه البيهقي قال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن ابي ظبيان عن علي قال وقد روي عن علي مرفوعا خلاف ذلك ثم اخرجه من طريق ابي داود ثنا خشيش بن اصرم ثنا عبد الرزاق انا الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال اتي علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين اتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين

ولو كان لا يتجزأ لكن يتعلق بها احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كان ليس معه غيره

قال الا فاقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى
بدت نواجذه انتهى واعلم ان ابا داود رواه ايضا موقوفا وكذا النسائي عن علي رض باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي
في مسنده وقال فيه وغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن يبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم
سر بقول القائف وان عمر رض قضى على وفق قوله وانه عم لم ينكر اثبات علي النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما نسب الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القائف فاجاب المصنف بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة لما
تقدم من ابي داود انه كان اسامة اسود وكان زيد ابيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون القافة فكان قول
القافة مقطعا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحته صلى الله عليه وسلم من التاذي بنفي نسبه وظهور خطائهم والرد عليهم ثم يحتمل
مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فيكون متعلق سروره ايضا وليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره
بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن بعضهم بعين المضايع بالرجوع في النسب واعلم انه استدل
على صحة القيافة بحديث اللعان حديث قال عم فيه ان جاءت به اصيهب اثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج
الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وهذه هي القيافة وهو الحكم بالشبه واجاب اصحابنا بان معرفة ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي
لا للقيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه ان يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت
القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به ويشبه الزوج او لا لحصول الحكم الشرعي
بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسبها الولد واجيب ايضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله
عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار امور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه عم
سر بعمل علي رض وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريقة صحيحة لتقريره عم اياه بل سر به فان
الضحك دليل مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر رض من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث
لا يعارضه المروي عنه في قصة تشريح لخفائها وعدم تثبيتها وان كانت قصته مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر رض مرسل وكذا عروة عنه لكنهما امامان لا يرسلان
الا عن قوي امين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب في لفظ عبد الرزاق اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول لان سعيدا
روى عن عمر رض وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عن عمر رض بالاتفاق لزم ان ذلك الاشكال في سروره عم وهو كون القيافة من متعلقاته
ثابت والشافعي لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر رض كان ... لا يقول ان نيابة القول بثبوت
النسب من اثنين ادخل محل الاجماع عن الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين اما سروره عم لم يكن متعلقا الا برد طعنهم او ثبوت نسخه وبقول
الا انا لا نقول انه من مائيهما كما يفهم من بعض العبارات ان المائين لا يجتمعان في الرحم الا متعاقبين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه
من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه قوة وفي بصره واعضائه واما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل
لا تحيض فاما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من ماء احدهما

الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسُرّ النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسُرّ به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن

ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة واربعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلثة لقرب الثلثة من الاثنين ولابي حنيفة رحمه الله ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد الاشتباه الدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان تقضي به بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يقضي للمرأتين فلا يلحق الا بام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة او متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم انه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند ابي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضي به بين الرجلين فيسقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم وعندهما يقضي به للرجل لا للمرأتين **قوله** الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كملا وفي المبسوط امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم اولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فانه لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي اولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب فادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك ولا شبهة قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت لامته ولا يتعين ذلك بل ان يتزوج منهما ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر **قوله** وكانت الام ام ولد لهما لصحة دعوى كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شيء **قوله** ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا يسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك صار كما اذا اقاما البينة على شيء يصير مشتركا بينهما فكذا اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع **قوله** واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر ثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابي يوسف رحمه الله لانه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب لكسب المدعي او بطريق اولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى اولى وجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه والاب يملك تملكه لحاجته على ما عرف فلا معتبر بتصديقه وهذا بخلاف الوارث يستولد امة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس لاحد حق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق في ملك المولى لرقبته

وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد على ما ذكرنا وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

المكاتب لكن لم يحصل في ملكه للمنافية لملكا خاصا او عورض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته الا يرى انه لو اقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق فظهر اشتراط التصديق وقد يجاب بان هذا الحجر بحق آدمي لكونه هو احق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق به منه الا ان يصدقه بجواز ان يكذبه بان يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا اقام بينة على الوطئ فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس باستعلام الوطئ قطعا بل تصديقها للاحق على غيره بخلاف احد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس احدهما احق من الآخر **قوله** وعليه عقرها للمكاتب لانه اي لان وطيه المدلول عليه بقول فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق اي حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما ذكر يعني قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ امة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيهما فلان يجب بوطئ امتها اولى وابعد شارح فقال اي لما تذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد امة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تنا وله من مكان بعيد وهو اقرب اليه من حبل الوريد **قوله** وقيمة ولدها عطف على عقرها اي وعليه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه اي الجارية بتاويل الشخص كسب كسبه فلم يرض برقه حيث اعتمد دليلا يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور بشراء امة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا يعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لما لكها الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرطنا تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في اقرب اوقات الامكان واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه امانة حبسها عن صاحبها فتقدرت بيوم التعدي ثم لا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ام ولد المغرور بالمبيعة المستحقة لا يكون ام ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير ام ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه اول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو اكثرها دون بعض وليس يلزم نفي ما اثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا اي من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد يوما من الدهر يثبت نسبه منه وكان ولدا له لقيام الموجب وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب **فروع** تقدم في رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير ام ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال

ليعتبر يومها

كتاب الايمان

ولا تسعى فى دين وفى الكافى امة بين رجلين قالا فى صحتها هى ام ولد احدنا ثم مات احدهما يؤمر الحى بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة يخبر بفعل غيرهم فان قال الحى هى ام ولدى فهى ام ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئا لانه لما اقر بوطيها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هى ام ولد الميت عتقت صدقته او كذبته لانه ان صدق فهى حرة فان كذب فكذلك لاقراره بعتقها بموته ولا سعاية للحى لانه يدعى الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم يدعون عليه الضمان اكذبوه فى اقراره وان صدقوه فقد اقروا بعدم السعاية والله الموفق.

كتاب الايمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح فى ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا انه قدم على الكل النكاح لانه اقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه اوجه واختص العتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه فى تمام معناه الذى هو الاسقاط وفى لازمه الشرعى الذى هو السراية فقدمه على اليمين و لفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لاخذنا منه باليمين وقول الشماخ وقيل الخطيئة • رايت عرابة الاوسى يسمو • الى الخيرات منقطع القرين • اذا ما راية رفعت لمجد • تلقاها عرابة باليمين • اى بالقوة ثم قولهم انما سمى القسم يمينا لوجهين احدهما ان اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحمل او المنع والثانى انهم كانوا يتماسكون بايمانهم عند القسم فسميت بذلك يفيد انه لفظ منقول ومفهومه اللغوى جملة اولى انشائية صريحة الجزئين اعلى يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ اولى يصير غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هى المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظى وجملة اعم من الفعلية كحلفت بالله لافعلن او احلف والاسمية مقدمة الخبر كعلى عهد الله او مؤخرة نحو لعمرك لافعلن وهو مثال ايضا لغير المصرح بجزئيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنى التوكيدى ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشائية فليست التعاليق ايمانا لغة واما مفهومه الاصطلاحى فجملة اولى انشائية مقسم فيها باسم الله او صفته يؤكد بها مضمون ثانية فى نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس او التزام مكروه كفرا وزوال ملك على تقدير ليمنع عنه او محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودى فان دخلت فانت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبفتحها لمنعها فان بشرتنى فانت حر وسببها الغائى تارة ايقاع صدقه فى نفس السامع وتارة حمل نفسه او غيره على الفعل او الترك فبين المفهوم اللغوى والشرعى عموم من وجه لتصادقهما فى اليمين بالله وانفراد اللغوى فى الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحى فى التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه او غيره ومحل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص واما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذى يلزم وجودها وجوب البر

قال الأيمان على ثلاثة أضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا أدخله الله النار ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فأشبه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة والكفارة عبادة تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الإلحاق

فيما إذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لأمرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما وندبه فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسيأتي وإذا حنث فيما يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة **قوله** اليمين على ثلاثة أضرب يمين الغموس الأصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الإضافة وأما يمين الغموس فإضافة المختار إلى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب رد بأنه إضافة الجنس إلى نوعه لأن الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الأولى مقصور على السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الإثم ثم في النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة **قوله** فالغموس هي الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب به وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضا كذلك كوالله ما لهذا علي دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة وأقرب الألفاظ إليه ما في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله النار وفي الصحيحين لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم أي المحبوس عليها لأنها مصبورة عليها **قوله** ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد وقال الشافعي فيها الكفارة لأنها شرعت في الأصل وهي المعقودة لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق في الغموس فيتعدى إليه وجوبها ولنا أنها كبيرة محضة لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه عليه الصلاة والسلام الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بما هو كبيرة بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب بأن يحنث في موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ غير مقارن متحد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الإلحاق وحاصل هذا إبداء وصف في الأصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بأن الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه إمساكا بالمعروف وبالإفطار في رمضان ولو بخمر أو زنى أجيب الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتغل ويجب الحد باعتبار أنها في نفسها كبيرة ولخصه آخر بأن ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالأول والكفارة بالثاني ونقض أيضا بقتل المحرم صيدا عمدا وأجيب بأن عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الإحرام والحرم لم يحرم وإنما حرم بالإحرام وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الإيراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الأجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لأن كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما إذا كان حراما لعينه ومرجعه إلى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الأشعرية وهو قليل جدا كأنه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لأن اليمين في نفسه مباح أو عبادة إذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف عمدا إلا كانت كفرا أو أنها وقعت باطلة لقبحها ليس إلا لعدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصده ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على أن كون حرمة السبب يمنع مناسبتها للعبادة لا تفصيل بين كون الحرمة لعينه أو لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة أو ساترة في ذنب أخف شرعيتها كذلك في ذنب أعظم

والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

كان اوجه وللشافعي رحمه الله ان الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه تعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فبين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المؤاخذة مطلقا في الآخرة وهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكر قالوا الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها في النص من غير حاجة الى زيادة تكلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط في الشرع بالاسم العظيم لمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل او منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل او لتوكيد صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر بر وانحلت ولا شك ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها لانها عقدت على امر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل لا في الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست يمينا حقيقة لان اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع بانتفاء فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتها يمينا مجازا بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة فهو من الحقيقة اللغوية وعلى احدهما يحمل قوله عليه الصلوة والسلام واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تعقد للبر لا شك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمناه من ان شرعية الكفارة لرفع ذنب اصغر لا يستلزم شرعها لرفع الاكبر واذا دخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الى غموس وغيرها عسر النظر معه الا ان يكون لغة اوسع وقد روى الامام احمد في مسنده باسناد جيد صحح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقضى لها لانها مصبور عليها اي محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في حال تصرفه ورفعه مختارا عن نفسه **قوله** والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وما في قوله ما يحلف مصدرية اي الحلف على امر في المستقبل وهذا يفيد ان الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد امس لا تسمى منعقدة ويقتضي انها اما ليست بيمين وهو بعيد او زيادة اقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الائمة ما يفيد انها من قبيل اللغو فان اراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له وفي هذا اليمين فائدة تاكيد صدقه في خبره عند السامع وان اراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الارادة فقد فسر السلف واختلفوا فيه ولم يقل احد بذلك فكان خارجا عن اقوال السلف والجواب ان الاقسام الثلاثة فيما يتصور منه الحنث لا في مطلق اليمين **قوله** ويمين اللغو ان يحلف على امر وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه وتدخل في ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثانية ما في الخلاصة رجل حلفه السلطان انه لم يعلم بامر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم ارجوان لا يحنث ونحوه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى

صاحبها وانما قيد محمد عدم المواخذة بالرجاء مع انه مقطوع به في كتاب الله تعالى حيث قال لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم لاختلاف في معنى اللغو

حيث

فتفسير محمد بما ذكره وهو مروي عن ابن عباس وبه قال احمد وقال الشافعي كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو مباين للتفسير المذكور لان الحلف على امر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان يحلف على معصية فيتركها لاغيا بيمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل فلما اختلف في معنى

في الآخرة

اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المواخذة به وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتادب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر وانا وان شاء الله بكم لاحقون واما بالتفسير الرابع فغير مشهور فكونه لغوا هو اختيار سعيد **قوله** والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفي بعض النسخ الخاطي وهو من اراد ان يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله عليه الصلوة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين هكذا ذكره المص وبعضهم كصاحب الخلاصة

حمل

جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة اخرجه احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة رض

لاعبا

عنه عم قال ثلث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح واخرج عبد الرزاق عن علي و

رواه الترمذي

عمر رض موقوفا انهما قالا ثلث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية عنهما اربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين في معنى النذر فيقاس عليه واعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا اصلا ولم يدر ما صنع وكذا المخطي لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا

طلاقا

واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده اصلا بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق او عتاق لا حكم له اولى ان لا يكون لها حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ان لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور اولى من حمله على الهازل وهذا الذي ادناه وتقدم لنا مسئلة في الطلاق فلا تكن غافلا **قوله** والشافعي يخالفنا في ذلك فيقول لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطي للحديث المشهور رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه قال المص وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى واستدل ابن الجوزي للشافعي واحمد رح في التحقيق في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه

ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وابى امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عنبسة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم **قوله** ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا لليمين مختارا وعن كل من الشافعي واحمد روايتان يحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد صرح به في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل ان الوجوب يثبت عنده سببا كان او شرطا وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه او مجنون تلزمه الكفارة فيخرجها وليه او هو اذا افاق لما ذكرنا من تحقق الشرط اى السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر وهو ان وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه او مجنونا فاجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة او يدفع ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فادير على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا او لا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد البلوغ واما توهم كما في شراء الامة البكر ومن المراة فليس بصحيح لان التوهم حاصل بجواز حبل البكر ومملوكة المراة على ان كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على امر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث او يندب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا **قوله** واليمين بالله او باسم آخر من اسمائه يفيد لفظ آخر ان المراد بالله اللفظ فقال والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير ومن الذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذي ليس قبله شئ والآخر الذي ليس بعده شئ واذا قالوا في قوله والطالب الغالب انه يمين لانه تعارف اهل بغداد الحلف به لزم اما اعتبار العرف فيما لا يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة فان الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى والله غالب على امره واما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء ويفيد قوله آخر ان لا بد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا والمنقول لو قال باسم الله ليس بيمين وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين فليتامل عند الفتوى ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر ذلك في الخلاصة وقوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا قيد في الصفة فقط فافاد ان الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه او لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وقال بعض مشايخنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان اراد به يمينا فهو يمين فان لم يرد فليس يمينا ورجح بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين ارادة احدهما الا بالنية واما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل او الذات

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اى معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

قوله مشائخ ما وراء النهر ولذا قال محمد فى قولهم وامانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا ادرى لانهم راهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه انه اراد معنى والله الامين فالمراد الامانة التى تضمنها لفظة الامين كعزة الله التى هى ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف وزاد العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ ابى المعين فى تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذات قول القائلين فى الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد به الله تعالى كان يمينا والا فنجعل مثله فى الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان اريد صفته القائمة به فهو يمين والا لا الا ان قال مقتضى هذا ان يجرى فى قدرة الله مثله ان اريد به الصفة كان يمينا او المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول او المصدر ويكون على حذف مضاف اى اثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لا يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل فى الارادة ولمشائخ العراق تفصيل آخر هو ان الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه زمانا او مكانا او بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغى ان يبتنى الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف اولا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا عند هؤلاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التى لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا اول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التى لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التى تطلق على غيره تعالى كالحى والمومن والكريم يعتبر فيها العرف او نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد تستعمل فى المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففى هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان اراد الجارحة **قوله** الا قوله وعلم الله استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله التى يحلف بها عرفا فيقتضى ان علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله فى لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل واورد على تعليله الثانى القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور واجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج من ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم من ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب ان لا تصح ارادة المقدور

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به

بعد الوجود وهو غير صحيح اما لو نوعا فقالوا انظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا لا يمتنع ان يطلق عليه مقدور قبل الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا بنفي التعارف فيسرد اما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل ح **قوله** من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق عليه قال وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال ومعناه ان يقول والنبي والقرآن اما اذا حلف بذلك بان قال انا بريء من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتي وكذا اذا قال هو بريء من الصلوة والصوم يكون يمينا عندنا فكذا هو بريء من الاسلام ان فعل كذا وبحرمة شهد الله او لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال هو بريء مما فيه ان فعل ففعل لحرمته الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعالى فيجب ان يدور مع العرف واما الحلف بجان سرتو ومثله الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رض لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا **قوله** والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد ارسلنا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله وهي الالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل من الواو لانها من حروف الزيادة وقد ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتترات فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روي من قولهم تربي ترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا تحياتك فمح قال بسم الله لافعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا ان نصارى بلادنا تعارفوه فيقولون واسم الله **قوله** وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف حرف الجر من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى اثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف فاعلم ان في

وقال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله تعالى

نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان شائعان للعرب ليس احد ينكر احدهما ليتاتى الخلاف وحكى الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي اي قسمي الله لافعلن غيران النصب اكثر في الاستعمال وقوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده واما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله اذا قيل اي الناس شر قبيلة اشارت كليب بالاكف الاصابع اي الى كليب في قوله وكذلك اذا قيل لان الباء تبدل بها اي باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة اورد عليه انها لا تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها والآية على معنييه مدلولها وفي الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له اي صدقتم وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل بجواز كون معنى ذلك الفعل يتاتى معناهما فيه بخلافه في القسم ولا تستعمل اللام الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس رض دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احتراز عما عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعرب المقسم به خطأ او صوابا او يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا سكن من انه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع او الحمل معقودا بما اريد منعه او فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ **قوله** قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله

فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه اي عن ابي يوسف رح رواية اخرى انه يكون يمينا يعني ان اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد ينسمى في اسمائه الحسنى قال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وهو حقيته اي كونه تعالى ثابت الذات موجود افكانه قال والله الحق والحلف به متعارف فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال احمد لا يقبل قوله يعني في عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء وصار كقدرة الله **قوله** ولهما انه اي حق الله يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقة حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيره لا يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة بل ما هو من حقوقه فصار كغير

والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة وأما الاستدلال على أنه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلاة والسلام ما حق الله تعالى على العباد فقال أن لا تشركوا به شيئا إلى آخره كما وقع لبعض الشارحين وليس بشيء لأن صلته بلفظ على العباد بين المراد بالحق أنه غير وجوده وصفة الكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه فليس الوجه إلا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا أي بالإجماع كذا ذكره غير واحد واعترض شارح بأن الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق إلا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف لكن جوابه أنه إن نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا وإلا فلا انتهى فأنت علمت أنه إذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وإن أطلق على غيره وأما ذلك القول المقابل للمختار وأما على القول المفصل بين أن يريد به اليمين وأن لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجورا إلا بدليل وبه يندفع قول أبي نصر إن نوى بالحق اليمين كان يمينا وإلا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الإجماع من الشارحين لأنه يريد إجماع علمائنا الثلاثة فإنه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الإجماع ولو قال حقا بأن قال حقا علي أن أعطيك كذا ونحوه لا يكون يمينا لأن الحق من أسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل من الشيخ إسمعيل الزاهد والحسن بن أبي مطيع أنه يمين لأنه لم يضفه إلى الله تعالى فصار كالحق مردود بأن المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخي إن قوله بحق الله يمين لأن الناس يحلفون به فتعقبه لما علمت أنه مثل حق الله بالإضافة وعلمت المغايرة فيه وأنه ليس يمينا وكذا بحق الله **قوله** ولو قال أقسم الخ إذا حلف بفعل القسم فإما بلفظ الماضي أو المضارع وكل منهما إما موصول باسم الله تعالى أو بصفته أو لا فإذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله أو أقسمت أو شهدت بالله لأفعلن كذا أو عزمت بالله لأفعلن فهو يمين بلا خلاف وإذا كان مضارعا مثل أقسم بالله أو أعزم بالله لأفعلن فكذلك عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا إلا بالنية لاحتمال أن يريد به مستقبل وعدا ووجه قولنا أن هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على ما تقدم في العتق للمصنف ولهذا لا ينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه إلى حقيقته وأما الاستشهاد بأن في العرف كذلك كقولهم أشهد أن لا إله إلا الله ففيه نظر لأن ذلك بدلالة الحال للعلم بأنه ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد أشهد بكذا عند القاضي ليس فيه دليل على أنه في نفسه كذلك عرفا فجاز أن يقال هي للمستقبل يستعمل للحال بقرينة حالية أو مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وإن لم يذكر اسمه تعالى فيهما مثل حلفت لأفعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا وهو رواية عن أحمد هو يمين نوى أو لم ينو وقال زفر إن نوى يكون يمينا وإلا لا وقال الشافعي ليس بيمين نوى أو لم ينو وهو رواية عن أحمد وقال مالك إذا نوى في قوله أقسم بالله الخ يكون يمينا وإن أطلق فلا وجه قولهم إن القسم يحتمل أن يكون بالله أو بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والإنشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وإنما يشهد لقول القائل إن نوى كان يمينا وإلا فلا وجوابه ما ذكر المصنف من أنه حقيقة في الحال فانصرف إليه ومن أن الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه أي إلى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة أي احتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف فيه هذا الخلاف صريحا في المذهب ومنهم من صرح بأنه إذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو يعني إن نوى اليمين أو لم ينو شيئا أما إذا نوى غيره فلا شك أنه لا يكون يمينا فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يكون حالفا لمن يستحق عليه اليمين شرعا فإن اليمين على نية المستحلف لا الحالف ح وقد وقع في هذه المسألة خبط في موضعين أشدهما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية أن مجرد قول القائل أقسم أو أحلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث [illegible] السؤال إنما اليمين ما كان حاملا على شيء أو تركه وعند فواته موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقوله أقسم هنا ليس جوابا شيئا من البر بجزء

ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال رح

لانه لم يعقد يمينا على فعل شئ او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس في اقسم مجردا هتك فكيف

الكفارة ثم اجاب بان اقسم الحق بقوله على يمين فان ذلك موجب للكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال لو قال على يمين او يمين الله فهو يمين

وفي المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها

ثم قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها البر ان امكن والا فالكفارة ولم يمكن

تحقيق البر ههنا لانه لم يعقد يمينه على شئ فكان اقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة وعلى هذا الخلافة وبالاقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا في قوله على نذر فيه كفارة يمين

على ما يجئ بعد هذا فلما كان كذلك في قوله على يمين وعلى نذر كان في قوله اقسم عند قران النية بالقسم كذا لان اصله الحال في استعمال

الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله اقسم لما كان عبارة عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك

حرمة الاسم وقد شنع على هذا بان اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر في الذخيرة من ان قوله على يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر المقسم

عليه ونقضت اليمين لا شك في ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود والذي يحتمل ان يخفى هو ان قوله على يمين هل يجري مجرى قول القائل

والله او لا فاما ان بمجرد ذكر ذلك تجب الكفارة فلا خفاء فيه ليحتاج الى التنصيص عليه الا ترى الى قول محمد في الاصل وان حلف

بالله او باسم من اسمائه او قال والله او بالله او على عهد الله او ذمته او هو يهودي او نصراني او برئ من الاسلام او قال اشهد او اشهد بالله او

احلف او احلف بالله او اقسم او اقسم بالله او على نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او على يمين او يمين الله او ما افاد معنى ذلك فهذه كلها ايمان

واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودي او نصراني وان يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل

منها انه يمين ولم يلزم من ذلك ان بمجرد قوله والله او قوله هو يهودي تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم الكفارة كما سمعت

قوله واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت الكفارة ولان في الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان

كان في القضاء لانه يؤاخذ باقراره وليس الكلام في ان يقول اقسمت عند القاضي بل لو اقر به كان سبيله ان يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك

الكفارة وانما كان الكلام في الحنث في اليمين وهو انشاء والحق ان قوله على يمين اذا لم يزد عليه على وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء

على انه التزام للكفارة بهذه العبارة ابتداء كما ياتي في قوله على نذر اذا لم يزد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك كان بخلاف

احلف واشهد ونحوهما ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على ان مجرد قوله احلف

واقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على احد ان قوله اقسموا انما يثبت وجود قسم منهم وهو لا يستلزم

ان ذلك القسم كان قولهم نقسم ليصرمنها فانهم لو قالوا والله ليصرمنها مصبحين يصح ان يقال في الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله في يحلفون لكم لترضوا عنهم اليمين

كون حلفهم كان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وانما استدل لذلك بحديث الذي راى رؤيا فقصها على رسول الله

صلى الله عليه وسلم فقال ابو بكر ائذن لي فلاعبرها فاذن له فعبرها ثم قال اصبت يا رسول الله فقال اصبت واخطات فقال

اقسمت يا رسول الله لتخبرني فقال لا تقسم بكذا رواه احمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر قوله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه

للحال لان معناه احلف الآن بالله ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا لانه مستقبل ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم اي احلف

وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في الطلاق كذلك **قوله** وكذا قوله لعمر الله وايم الله يعني يكون حالفا كما هو حالف في قسم بالله واخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمر والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو ان يوصف به لا بضده وكانه قال و بقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا ادخل عليه اللام رفع على الابتداء او حذف الخبر اي لعمر الله قسمي وان لم يدخل اللام نصب نصب المصادر فيقول عمر الله ما فعلت ويكون على حسب حرف القسم كما في الله لافعلن واما قولهم لعمرك الله ما فعلت فمعناه ماقرارك له بالبقاء وينبغي ان لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده واما ايم الله فمعناه ايمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار ايم الله ثم خفف ايضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون ميما واحدة لهذا نفى سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرء من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال عم في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في امارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة ابيه من قبل وايم الله ان كان خليفا بالامارة الحديث في البخاري **قوله** وكذا قوله وعهد الله وميثاقه يمين اذا اطلق عندنا وكذا عند مالك واحمد وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية وقوله تع واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان العهد يمين بجواز كونها شيئين الامر بالايفاء بالعهد والنهي عن نقض الايمان المؤكدة باي معنى فرض النقض فاستدلال الكم به على انها يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف ما عقد عليه الا لو ثبت في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان اهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي العهود المتقدم ذكرها او ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفة الله تع كما حكم بان اشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وايضا غلب الاستعمال لها في معنى اليمين فيصرف اليه فلا يصرف عنه الا بنية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين او لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تع وكذا الذمة والامانة كان يقول وذمة الله او امانة الله لافعلن واستدل على كونها يمينا بانه عليه السلام اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم اهل مصر او مدينة فارادوكم وعلى ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انه يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك واحمد هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن ابي داؤد من حديث بريدة عنه عم من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه يقتضي منع الحالف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله اعلم ولو قال على عهد الله وامانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك واحمد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الالفاظ

وكذا اذا قال على نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجبا الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين فان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل

للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة **قوله** وكذا اذا قال على نذر او على نذر الله يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال على نذر الله لافعلن كذا او لا افعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان كان نوى بقوله على نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى فان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا شك ان قوله عم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابو داؤد من حديث ابن عباس رض يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانه ينصرف الحديث الى ما لانية معه من لفظ النذر فاما اذا قال على نذر او نذر الله ولم يزد على ذلك فهذا لم يجعله يمينا لان اليمين انما يتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه ان تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله على كذا صلوة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او متعلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يوم معلقا او منجزا فسيأتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعله لزمته كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك انه عم حرم مارية على نفسه فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الالحاق انه لما جعل الشرط فهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده اي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا على حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد فعله فهو يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى يكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه عم انه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتراأى اعم من ان يعتقده يمينا او كفرا والظاهر انه اخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل لا من اهل العلم والخير وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن اطلق القول بكفره **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخط فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط اي لا يلزم سببية الشرط غاية الامر ان يكون نفس الدعاء متعلقا بالشرط فكان عند الشرط دعاء على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او فاسق او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لا يكون يمينا اما اولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل لوجود لازما ليس المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر او اعتقاد

ولو قال ان فعلت كذا فعلىّ غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن فى معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

والرضا بتحقيق مباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة واما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله يحتمل النسخ والتبديل اما الخمر فظاهر واما السرقة فعند الاضطرار الى اكل مال الغير وكذا اذا اكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا يحتمل السقوط فلم يكن حرمة هذه الاشياء فى معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع او لاتحتمله اما اثره فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع ان ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع فان لم يرجع اليه لا يكون يمينا فلا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف ان يقال ان فعلت كذا فانا زان فلا يكون يمينا **فروع** فى تعدد اليمين وعدمها وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ او عدم اختلافه فهو يمين واحد كان يقول والله الرحمن الرحيم او يقول والله الله الا ان تعليل هذا بانه جعل الثانى نعتا للاول او بدلا وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله او هو برئ من الله ورسوله وان كان بواو فهو فى الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها وكذا بواوين مع اتحاد نحو والله ووالله فيتفرع انه لو قال والله ووالله والرحمن انها ثلاثة ايمان او هو برئ من الله وبرئ من رسوله فيمينان حتى لو قال هو برئ من الله وبرئ من رسوله والله ورسوله منه بريئان ان فعل فهى اربعة ايمان فيلزمه بفعله اربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابى حنيفة ان عليه فى المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه اخذ مشائخ سمرقند واكثر المشائخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين كو الله والرحمن فكفارتان فى قولهم وروى ابن سماعة عن محمد فى غير المختلفة مطلقا نحو الله الله او والله والله كفارة واحدة هذا قبل ذكر الجواب اما لو قال والله لا افعل كذا ثم اعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا اقربك ثم قال والله لا اقربك فقربها مرة لزمته كفارتان روى ذلك عن ابى يوسف وسواء كان ذلك فى مجلس او مجالسين وروى الحسن انه ان نوى بالثانى الخبر عن الاول صدق ديانة وهى عبارة عن تساهل فيها وانما المراد ان يريد بالثانى تكرار الاول وتاكيده واختار هذا الامام ابو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة او لم ينو شيئا يلزمه كفارتان وقد مر فى الايلاء وفى التجريد عن ابى حنيفة اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثانى الاول لم يستقم فى اليمين بالله ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم وهذا يخالف ما روى الحسن وفى الخلاصة عن نسخة الامام السرخسى فى ايمان الاصل اذا حلف على امر ان لا يفعله ثم حلف فى ذلك المجلس او فى مجلس آخر ان لا يفعله ابدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأة او التشديد او لم ينو فعليه كفارة يمينين اما اذا نوى بالثانى الاول فعليه كفارة واحدة وقد منا فى الايلاء لو قال والله لا اكلم فلانا يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاث كفارات لانه انعقد على تلك الساعة ثلثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقى على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه فعرف فى الطلاق انه لو قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات وما فى الاصل من انه اذا قال هو يهودى هو نصرانى ان فعلت كذا فهو يمين واحدة ولو قال هو يهودى ان فعل كذا هو نصرانى ان فعل كذا فيمينان يفيدان فى مثله تعدد اليمين منوط بتكرير المحلوف عليه مع تكرار الالتزام بالكفر ولو قال برئ من الكتب الاربعة فهو يمين واحدة وكذا لو قال هو برئ من التورية والزبور والانجيل والفرقان يكون يمينا واحدة ولو قال هو برئ من التورية وبرئ من الانجيل

فصل في الكفارة **قال** كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة

بري من الذبور وبري من الفرقان فهو اربعة ايمان ولو قال هو شريك اليهودي هو كقوله يهودي لو قال بري من هذه الثلثين يوما يعني شهر رمضان ان اراد عن فريضتها يكون يمينا او عن اجرها او لم ينو شيئا لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلوة التي صليتها حنث لا يلزمه شئ بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في بري من الشفاعة في مجموع النوازل اصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار امس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن ابي يوسف قال لآخر ان كلمت فلانا فعبدي حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلم بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا او والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان اراد المبتدي الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السوال فكانه قال نعم والله لافعلن كذا وان نوى المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو الحالف هو المبتدي وان اراد المبتدي الاستحلاف فاراد المجيب ان لا يكون عليه يمين وان يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك قال لمديونه ان لم تقض ديني غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم واراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال الآخر والله لا اجي الى ضيافتك فقال الآخر ولا تجي الى ضيافتي قال نعم يصير حالفا ثانيا

فصل في الكفارة الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر ثوبه اشتمل واضافتها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافة الى السبب فاليمين هي السبب وسيذكر المسئلة **قوله** كفارة اليمين عتق رقبة اي اعتاقها لا نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى الكفارة لا يجوز ويجوز فيها ما يجزي في الظهار تقدم المجزي في الظهار من انها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولا يجزي فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزي العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوعة اليدين او الرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ومن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وام الولد لانهما استحقاقهما الحرية ينقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز بخلاف الذي ادى بعض شئ لانه كالمعتق بعوض **قوله** وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد يعني ان كسا ثوبين او ثلاثة فهو افضل وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر وصاع من تمر وشعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر رض قال صاع من تمر او شعير او نصفه من بر وباسناده الى علي رض قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رض قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم او فوقه قريبا لم يجز من اطعام مسكين ويجوز ان يغديهم ويعشيهم بخبز ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبالادام ويجوز في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة والعبد الخيار في تعيين ايها شاء فيتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول

قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعى رح يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات وهى كالخبر المشهور ثم المذكور فى الكتاب فى بيان ادنى الكسوة مروى عن محمد وعن ابى يوسف وابى حنيفة رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا فى العرف

ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه الا بالصوم ولو اعتق عنه مولاه او اطعم او كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فعتق قبل ان يفرغ ولو بساعة فاصاب مالا وجب عليه استيناف الكفارة بالمال **قوله** فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة من الاعتاق والكسوة والاطعام كان عليه صوم ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعى يتخير بين التتابع والتفريق لاطلاق النص وهو قول مالك وفى قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب احمد ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهى كالخبر المشهور لشهرتها على ما قيل الى زمن ابى حنيفة رح والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعى كان اولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا فى حادثتين وانتم تحملونه فى حادثة فجريتم على موجب ذلك فى هذا وتركتموه فى صدقة الفطر فى قوله ادوا عن كل حر وعبد وقوله ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين اجيب عنا بانا انما نحمل فى الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل ان يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وتقييد اطلاقه للتنافى بينهما فان الاول يقتضى ان لا يجوز الا بقيد التتابع ولا تجزى التفريق والثانى يقتضى جوازه مفرقا بجوازه متتابعا واذ وجب القدر الاول لزم انتفاء الثانى فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية فى صدقة الفطر لوروده النصين المطلق والمقيد للاسباب ولا منافاة فى الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا الكلام يحتاج الى تحقيق وتحقيقه ان الحمل لما لم يجب الا للضرورة وهى المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الا لو قلنا بمفهوم المخالفة فانه ح يكون الحاصل من المطلق ان ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان او كافرا والحاصل من المقيد ان ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا للفرض ولالة المفهوم فيتعارضان فى غير المسلم فاذا فرض تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم ان المراد ان المسلم فقط هو السبب هو الحمل ضرورة لكنها لم تقل به فبقى مقتضى المطلق بلا معارض هو ان المسلم وغيره سبب واجابوا عما الزم الشافعى رح بان هذه الكفارة يتجاذبها اصلان فى التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع فى كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على انه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة **قوله** ثم المذكور هو المذكور فى الكتاب اى المبسوط والمختصر القدورى فى بيان ادنى الكسوة المسقطة للواجب من انه ما يجوز فيه الصلوة مروى عن محمد رح فيجزيه دفع السراويل عنه تقييده بالرجل فان اعطى السراويل للمرأة لا يجوز لانه لا يصح صلوتها فيه وعن ابى حنيفة وابى يوسف رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا فعلى هذا الابدان يعطيه قميصا او جبة او رداء او قباء او ازارا سابلا بحيث يتوشح به عند ابى حنيفة وابى يوسف والا فهو كالسراويل لا يجزى العمامة الا ان امكن ان يتخذ منها ثوب تجزى مما ذكرنا جاز واما القلنسوة فلا تجزى بحال وان كان قد روى عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وفد على الامير فاعطاهم قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رض لا يجزى اقل من ثلاثة اثواب قميص وازار ومئزر وروده عن ابى موسى الاشعرى ثوبان قال الطحاوى وهذا كله اذا دفع الى الرجل اما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلوتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التى عن محمد فى دفع السراويل انه للمرأة لا يكفى وهذا كله خلاف ظاهر الجواب انما ظاهر الجواب ما ثبت به اسم المكتسى وينتفى عنه اسم العريان وعليه بنى عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلوة وعدمها فانه لا دخل له فى الامر بالكسوة وليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا وخمارا غطى رأسها واذنيها دون عنقها لا شك فى ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلوتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلوة اولا ثم اعتبار الفقير والغنى عندنا عند ارادة التكفير وعند الشافعى عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير اجزاه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه وعند الشافعى رح

لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليـــــــــــمين فاشبه التكفير بعد الجرح

على القلب قياسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه **قوله** لكن ما لا يجزيه يعني لو اعطى الفقير ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزي وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير اجزاه عن الطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه الكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزاه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب لانه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام وعن ابي يوسف لا يجزيه الا ان ينويه عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى او لم ينو واعترض بقوله عم وانما لكل امرء ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تعالى خير المكفر بين خصال ثلث فاذا اختار احدها صار كانه هو الواجب ابتداء ويحكى الآخران والجواب انه ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله عم وانما لكل امرء ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما او كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان اراد انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع احدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصلح اطعاما او غيره مما هو احد الثلاثة ولو توقف السقوط على ان ينوي بدفع احدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم ان ينوي كل خصلة في نفسها فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة واجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي ولا يدفع احدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احدهما عن الآخر وانما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا نفيسا صغيرا يبلغ قيمة ثوب كبير يجزي عن الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام **قوله** وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال دون الصوم لانه ادى بعد السبب وهو اليمين وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه اضيف اليه الكفارة في النص بقوله تع ذلك كفارة ايمانكم ولان اهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكمه شرعيا او متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه ح شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكوة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا ان لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكوة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان او مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكره لنا ان الكفارة لستر الجناية من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النجوم غمامها وبه سمي الزراع كافرا لانه يستر البذر في الارض ولا جناية قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا اقسم النبي والصحابة على الايمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا وانما

قلنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة

اخرج المعه الكلام مخرج الظاهر المتبادر من احلاف المحلوف عليه والحاصل انه السبب الحنث سواء كان به معصية او لا والمدار توفير ما يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان اقل ما في السبب ان يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع من عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح لانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للقطع بان الكفارة لا تجب قبله ولا وجب بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكوة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله عم فليكفر عن يمينه ثم ليأت بالذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وايت الذي هو خير وفي مسلم من حديث ابي هريرة عنه عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري بالواو ليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ايت الذي هو خير وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى اللفظ على الكثير ومن ذلك حديث عائشة رض في المستدرك كان عم اذا حلف لا يحنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال لا احلف الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم اتيت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة رض ان ابا بكر رض كان الى آخره في المستدرك وفيه العطف بالواو وهو اولى بالاعتبار وقد شابت لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه ممن هو اولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء بجملة المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وهكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية وهذا الا ان الواو لما لم يقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تعقيبه للحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه عم من حلف على يمين فرأى خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما رواه الامام احمد عن عبد الله بن عمرو رض قال قال عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقال النسائي اخبرنا احمد بن منصور عن سفيان ثنا ابو عمار عن عمه ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارايت ابن عم لي اتيه اسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فياتيني ويسألني وقد حلفت ان لا اعطيه ولا اصله فامرني ان اتي الذي هو خير واكفر عن يميني ورواه ابن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواة اذا تمت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب ما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير وحينئذ نحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب

قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر اذ هي الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل اليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة

الحديث منها دون ثم واما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله عليه السلام من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد قوله ثم لا يسترد من الفقير يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له ان يسترد منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شئ آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له ان ينقضه ويبطله **قوله** ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه آنفا ولان فيما قلناه من تحنيث نفسه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة وثبوت جابر الشئ كثبوت نفسه فكان المتحقق البر اذ لا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه ح يتقرر المعصية دون جابرة تجبرها واعلم ان المحلوف عليه انواع فعل معصية او ترك فرض فالحنث واجب وشئ غيره اولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث افضل لان الرفق يمن وكذا الحلف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا الا ان العفو افضل وكذا تيسير المطالبة او على شئ وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز او لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين اولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تأويلها انه البر فيها امكن **قوله** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شئ وعلى هذا الخلاف اذا قدر الكافر ما هو قربة من صدقة او صوم لا يلزمه شئ عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي واحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس اهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر منه الصوم تعين ما سواه وايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوي ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل من العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم يثبت في هذا السمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله عليه السلام تبرؤكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم واما قوله تعالى بعده وان نكثوا ايمانهم فيعني صور الايمان التي اظهروها والحاصل لزوم تأويل اما في ايمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايفاء لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان اهلا لليمين يكون اهلا للكفارة وليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان او ما وقع من اخلاف ما وقع عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر اهلا لفعل العبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشئ لان ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما كفارة لا يقبل الفصل كما ذكرناه او لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع لصفة لا يثبت شرعا

ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه

الا بتمام الصفقة والا فهو حتى أخروا اما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صورة الايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه وهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمته يعتقد به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع الزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان يريد تعظيما يقبل منه ويجازي عليه واما قوله عمر اوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كاللجاج وهم يؤولونه انه امره ان يفعل قربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر ودعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس اهل القربة من القرب فليس اهلا لالتزامها الا يرى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء لفعل نفس الملتزم لا تضاعف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي اشرك به ففيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه كهذا الثوب علي حرام او هذا الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين ليس ملكه شرطا لازما في حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد علي حرام ونحو اريد بلفظ شيئا ما هو اعم من الفعل ودخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على غيره والطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو اكله حلالا لزمته كفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا الا يرى انه قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر علي حرام ان المختار انه ان اراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كانه حلف لا اشرب الخمر وان اراد الاخبار او لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن تصحيحه اخبارا والمنقول فيه خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند احدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى النية ولو قال الخنزير علي حرام فليس بيمين الا ان يقول ان اكله وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه اعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم امهاتكم وحرمت الخمر والخنزير فانه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل وكذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب علي حرام فلبسه حنث الا ان ينوي غيره وان قال ان اكلت هذا الطعام فهو حرام فاكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو قال كل طعام اكله في منزلك فهو علي حرام ففي القياس لا يحنث اذا اكله كذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا فتجب في التي قبلها وهي قوله ان اكلت هذا الخنزير فهو علي حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكر في الحيل ان اكلت طعاما عندك ابدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامكم علي حرام او كلمتكم علي حرام فكلم منهم حنث وفي مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام احدهما وكذا كلام اهل بغداد وكذا اكل هذا الرغيف علي حرام يحنث باكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا اكلم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضي خان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت لزوجها انت علي حرام او حرمتك يكون يمينا ولو جامعها طائعة او مكرهة يحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال الدراهم في يده هذه الدراهم علي حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق بها او وهبها لم يحنث بحكم العرف **قوله** وقال الشافعي لا كفارة عليه يعني الا في الجواري والنساء وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا ان الشرع ورد به

ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود هو البر ولا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم بروي حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف

في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فبين سبحانه انه حرم حرم شيئا مما هو حلال وان فرض له تحلة فعبر عن ذلك بقوله تحلة ايمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما احل الله له يمينا فيها الكفارة غير مفيد لان الكلام الآن في تخصيصه بمورده او تعميمه اجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما احل الله لك وقد يدفع بان المراد به خصوص ما وقع تحريمه اي لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغي مرضات ازواجك مع انتفاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل بخصوص سبب الجواب انه كما ورد انها انزلت في تحريمها فقد ورد انها نزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة كان عليه الصلوة والسلام يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل اني اجد منك ريح مغافير فدخل على احدنا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود له فنزلت يا ايها النبي لم تحرم وهذا اولى بالاعتبار لان رواية صاحبة القصة فيه زيادة الصحة ولا مانع من كون نزوله لمعاني الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات ازواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا ينفي ذلك انه يمكن ... وفي قوله ... ولن اعود له فقد فعل ذلك تحريما ولزمته التحلة اجيب بانه لم يذكر في الآية ... في الحديث الصحيح فلا يتم ان يحكم ... بتقييده بحكم النص ... هذا حديث الصحيح هو قوله ولن اعود له ولا شك ان هذا ليس بيمين توجب الكفارة عندنا ... فقد نعلم انه يفيد ان الواقع منه كان يمينا ... بحكمها فان منه تحريم مع ذلك القول قول آخر لم يرو في تلك الرواية ... ولقد ... كون لفظ التحريم الا ان لفظ حرمه على نفسه ظاهر في ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف ... على ... وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف هو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله باثبات حرمته اي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فصلا من الله عليه بعم المعنى المذكور القسامة وغيرهن قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة في قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قول استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه فبتناول جزء يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من والله لا اكل هذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضي خان عن المشائخ **قوله** ولو قال كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك فاذا اكل او شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كفتح العينين وتحريك الجفنين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم والظاهر انه لم ينعقد للحنث ابتداء اي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن ارادة العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه اي هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو اسقني اذا اريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية فاذا نواها كان ايلاء لان الحلف على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فايهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد خان قربها كما

ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء

اربعة اشهر بانت اى آخر احكام الايلاء المؤبد وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا اى مشائخ بلخ كابى بكر الاسكاف وابى بكر بن ابى سعيد والفقيه
ابى جعفر قالوا يقع به الطلاق بحكم الغلبة الاستعمال فى الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المص وعليه الفتوى وقال البزدوى
فى مبسوطه كذا قال بعض مشائخ سمرقند ولم يتضح لى عرف الناس فى هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا
فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب فى هذا ونقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا اما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف
الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام كلامك ونحوه كاكل كذا ولبسه دون
الصيغة العامة وهى كل حلال على حرام وتعارفوا ايضا الحرام يلزمنى ولا شك فى انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل
كذا ولافعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهى طالق ويجب امضاؤه عليهم وفى القنية لو قال حلال الله
على حرام او قال حلال خدا اى وله امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة قال المص وكذا ينبغى
فى حلال بروى حرام للعرف يعنى يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى واختلفوا فى قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام انه هل تشترط
النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال فى الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرچه بدست راست گرفته ام فهو بمنزلة قوله گيرم
ولو قال هرچه بدست چپ گيرم فى مجموع النوازل لا يكون طلاقا ان نوى ولو قال هرچه بدست گيرم ولم يقل راست او چپ فهو كقوله
بدست راست گيرم والحاصل ان المعتبر فى انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته
وفيما ينصرف بلا نية لو قال اردت غيره لا يصدقه القاضى وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اى غير معلق بشرط كان
يقول على لله صوم شهر او حجة او صدقة او صلوة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب فعليه الوفاء بها وهذه شروط
لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلوة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب واما كون المنذور
معصية يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب ان يقضى
بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه فى مختصر الاصول ومذهب احمد وفيه كفارة يمين معنا بحديث ورد فيه وهو قوله
عليه السلام لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذى بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح بين علته
وكذا قال الترمذى **قوله** فعليه الوفاء به اى من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه باليمين وهو خلاف فيه زفر فلو نذر ان يتصدق بهذه الدراهم
فتصدق بغيرها عن نذره او نذر التصدق فى هذا اليوم فتصدق فى غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره اجزاه فى كل ذلك
خلافا لزفر له انه اتى بغير ما نذره ولنا ان لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات اخر لا دخل لها فى صيرورته قربة وقد اتى بالقربة الملتزمة
وكذا اذا نذر ركعتين فى المسجد الحرام فاداها فى اقل شرفا منه او فيما لا شرف له اجزاه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبى صلى الله
عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحى ثم البيت لانه نذر بزيادة قربة فتلزم قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب
ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى
وبقى لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد والجواب ان محمدا

لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح

احدهما كذلك واما ابو يوسف فانما سمى بوضوء لانه حين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فلو ادى بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يعتد به ونظيره انه اذا نذرهما بلا قرأة لزمتاه ركعتين بقرأة او نذر ان يصلي ركعة واحدة لزمتاه ركعتين او ثلثا لزمتاه اربع وقال زفر لا يصح النذر في الاوليين لان الصلوة بلا قرأة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلث يلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد الشفع فصار كما اذا التزامها مفردة على قوله ولنا ما قدمناه من ان الالتزام لشيء التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلوة بلا قرأة ولا الركعة الواحدة الا بضم الثانية اليها فكان ملتزما القرأة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلوة بلا وضوء حيث ابطله والتزامها بلا قرأة حيث اجازه والفرق ان الصلوة بلا طهارة ليست عبادة اصلا وبلا قرأة تكون عبادة كصلوة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا ان هذا المكان محلها بالاصالة فلم اخلا منها نصيحة لدين رب العالمين **قوله** لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا انه مستغنى عنه في لزوم المنذور بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المص في كتاب الصوم بان المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذ اخص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة والسنة كثير منها حديث في البخاري من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه رواه عائشة رض والاجماع على وجوب الايفاء به استدل من قال من المتأخرين بافتراض الايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا ما بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو افطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان لم يعين بعينه كشهر ان شاء تابعه وان شرط التتابع لزمه فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوي اذا اضاف النذر الى سائر المعاصي كلله علي ان اقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث لله علي ان اطعم المساكين على عشرة عند ابي حنيفة يتقدر على طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله علي ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يعتقها فان لم يعتقها اثم ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة اذبحها او ذبحت شاة فلا يلزمه شيء ولو قال اذبحها واتصدق بلحمها لزمه قال لله علي ان اذبح جزورا فاتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث الذي رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله علي كذا وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه اي عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بالشرط الا انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة او صوم ثلثة ايام والاول وهو لزوم الوفاء عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر وروى عن عبد العزيز بن خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشائخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان وجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه عم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فتعارضا فيحمل مقتضى الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا يشكل ان المعلق

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في ان سبب الايجاب هو الحنث منتف حالة التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المص والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجزئ معه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير الحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي او قدم غائبي او مات عدوي فلله علي صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا عين فعل المنذور لانه اذا اراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء فصار محمل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحمل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب احمد فيه هذا التفصيل الذي اختاره المص واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء بالكفارة في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق ليس حجة لما قلنا وهذا التقرير اولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين للمنع فاجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما تكون للمنع تكون للحمل فلم تختص معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا الحكم **قوله** ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شيء قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رض وكذلك قال موسى عليه السلام ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا بوعده وتقدم في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئة الله فلا يتغير بذكره حكم وللجمهور قوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه ابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء ربي فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتقض على مالك في اليمين اما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال انت طالق ان شاء الله فالظاهر ان المتعلق بالمشيئة هو انت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله انت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى انت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ انت طالق فقد شاء حيث وجد فيه جد حكما او نفس الوقوع فقد شاء حيث شاء علته وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه في الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء في الابطال الاتصال فلو انقطع بنفس او سعال ونحوه لا يضر عند عامة

باب اليمين في الدخول والسكنى اورد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فعلا فبدأ بفعل السكنى لان اهل الافعال التي يحلف

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت به اشعار العرب فالبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

اليها الانسان ان يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان الزم للجسم من اكله ولبسه **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او الكنيسة وهي متعبد اليهود والبيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل ان الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك ولا على النية مطلقا كما عن احمد لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي اعني الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما ان العربي حال كونه بين اهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الفاظ المتكلم الى ما عهد انه المراد بها ثم من المشائخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يكن العمل بحقيقته ولا يخفى ان هذا هو المعتبر الحقيقة اللغوية الا في ما من الالفاظ ليس له وضع لغوي بل احدثه اهل العرف وان ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وان تكلم به متكلم من اهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من اهل اللغة او غيرها ان كان من غيرهم نعم ما وقع استعماله مشتركا بين اهل اللغة واهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف واما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه في عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب ان لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت فظهر ان مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا وان كان له نية شيء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان اطلق عليها بيت في قوله تعالى ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز ان كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث والحاصل ان كل موضع اذا اغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للبيت من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها اربع حوائط كما هي صفات الكوفة او ثلثة على ما صححه المصنف بعد ان يكون مسقفا كما هي صفات ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر انه مفتوح واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان سابطا وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع اطرافها على جدار الباب واطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له وسياتي ان السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا **قوله** ومن حلف لا يدخل

دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب وقد شهدت اشعار العرب بذلك قال النابغة الذبياني واسمه زياد بن معاوية ۔ يا دار مية بالعلياء فالسند + اقوت وطال عليها سالف الابد + وقفت فيها اصيلانا اسائلها + عيت جوابا وما بالربع من احد + الا الاواري لايا ما ابينها + والنؤي كالحوض بالمظلومة الجلد + اذا كانت الدار بالعلياء فالسند

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدارية

وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اى يصعد لم يغيرها السيل واقوت اقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضى والابد الدهر اى طال عليها امضى الزمان وبداكنة من خرابها واصيلانا تصغير جمع اصيل اصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال اصيلال وانما صغره للدلالة على تحقر الوقت الذى وتعذر فيه المسألة وهذا السؤال ترجع وتحسر وعييت جوابا عجزت يقال فى تعب البدن اعيا والفعل اعيى وفى كلال اللسان عيى وروى فانس قادما الى المدينة ماشيا فقال له مولانا عيى ام اعيى فقال بل اعييت فوضع اعييت جوابا فى البيت المذكور مكان عييت خلاف المعروف والاوارى جمع آرى وهى محابس الخيل ومرابطها واللاى البطء اى تبينتها بعد بطء فاستلام تعاد من فسر اللاى بالشدة فهو باللازم فان البطء فى التبيين لا يكون الا لتعب فيه والنؤى ما يجعل من تراب حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع فى بعض المواضع من التفسير غلط وما عسى ان يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بيرا امتلأت فى لحظة وفاض انما هو ما ذكرنا ولذا قال فى البيت لبعد ردت عليه اقاصيه ولبده ضرب الوليدة بالمسحاة فى الثأد يعنى ردت الوليدة وهى الامة الشابة ما تباعد من تراب النؤى بسبب هدم عليه بضرب المسحاة فى الثأد وهى الارض الندية قال الاصمعى وهو مصدر وصف به واراد بالثلمة الارض التى لم تمطر والجلد الصلب فيكون النؤى والوتد اشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس يا دار ماوية بالحائل فالسهل فالحنتين من عاقل صم صداها وعفا رسمها واستعجمت عن منطق السائل يريد انها مقفرة لا انيس فيسمع صوتها ولا احد يتكلم فيجيبه الصدى وهو الذى يسمى بابنة الجبل وقال امرؤ القيس لمن طلل ابصرته فشجانى كخط زبور فى عسيب يمانى ديار لهند والرباب وفرتنى ليالينا بالنعف من بدلانى يريد درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ورقته اذا كان فى عسيب يمان وكان اهل اليمن يكتبون عهودهم فى عسيب النخل وهذه الاشعار وما لا يحصى كثيرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التى ذكروها لم يكن فيها بناء بل هى عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية لا الابنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما الكلام فيها كونها قد تزلت غيرانها فى عرف اهل المدن لا تقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لغة اما اذا محت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار فى العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان كالحقيقتان يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بان صارت لا بناء لها لا يحنث عند ابى يوسف ومحمد قال فى منتهاه ينبغى اذا حلف لا يدخل فيها الدار فدخلها بعدما صارت صحراء ان يحنث انما تقع المعادلة بين المعين والمنكر فى الحكم ان لو توارد حكمهما على محل اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى ان يحنث فى المنكر الا ان يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير ان الوصف فى الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفى الغائب معتبر لانه المعرف له **قوله** ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام ولو جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بنى بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا وكذا اذا غلب عليها الماء او جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعدما انهدم المبنى ثانيا فى الحمام وما معه لانه لا يعود باسم الدارية بل مشهودة وكذا اذا بنى دارا

وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله وبعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام **قال** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث **قال** واذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

بعد ما انهدم ما بنى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعيين الذات انما يقتضي تعيين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي ايضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت بنيت دارا اخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا واهل الكوفة لا يحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزءه بل المعتبر كون العرصة بينت له فاشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى **قوله** وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لان اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها ولو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك ان ذكر السقف في الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه تعين ان البيتوتة والبيت لا يلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبني غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر او فسطاطا ان كان من اهل البادية حنث والا لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان تطفر من سطح الى سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبني مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجا في العرف الا يرى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد ولا شك انه خارج فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحظير فلو لم يكن له حظير فليس هو في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة ان يكون حرف انه يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لا شك انه من الدار لانه من اجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه ان يقال في العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف حتى صح ان يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل وهذا في عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم ويوجه بين قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حظير وجواب المتاخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم لا يحنث الا بالوقوف على السطح على ما اذا لم يكن له حظير اتجه وهذا اعتقادي **قوله** وقيل في عرفنا لا يحنث بالوقوف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها **قوله** وكذا اذا دخل دهليزها يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو ان يكون له حوائط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس لازما في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي **قوله** وان وقف في طاق الباب وهو بحيث اذا اغلق الباب يكون خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احداهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك وقد كان عليه الصلاة والسلام يناول رأسه عائشة رضي الله عنها لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه

كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل راسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احدهما او راسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رح وقد كان عم يناول راسه عائشة لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامراته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدمها بحال لو اغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل عليها لا يحنث وفي المحيط ولو ادخل احدى رجليه لا يحنث وبه اخذ الشيخان الامامان شمس الائمة الحلواني والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فاما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره او بطنه او جنبه فتدحرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحنث

فروع حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو بحال لا يقدر على الممتنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح انه لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها اي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسياتي تتمته ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد اشرع الى السكة حنث اذا كان احد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارا ورستاق كذا اذا دخل ارضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارا على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر او بلاد مصر وهو بالشام فدخل العريش يحنث وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل الفرات او نهر بهاني سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينة في الفرات او دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فهكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم ههنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل لوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا فدخله حنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف وجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان يعين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقوا منه حنث اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون به انما هو لانتقاد الماء لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط وتقوض فضرب في مكان آخر فدخله حنث **قوله**

لا الصائم

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها ايا ما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث لان قصر الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت ارادته يعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى المكث واقرار فيها صح حتى لو دخل ثم دام لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وجه الاستحسان ان الدخول حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل ولا دوام لذلك فليس الدوام مفهومه لا جزء مفهومه وكونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم الدخول عادة وان قل اذا كان الدخول يراد للمكث لا يقتضي ان يحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى

فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

الغد حنث لانه لم يدخلها فيه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فان القياس الكائن في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع الى الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ ادخل معنى استمر مقيما فيقضي العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسألة عليها الائمة الاربعة الا في وجه عند الشافعي كقول زفر ونظير المسألة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته او نزل او اخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر فيما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافعال لها حكم الدوام بتجدد امثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة اخرى كذلك طلقت اخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ ركبت اذ لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الركب لا يركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واستوضح على ان هذه الافعال لها دوام بتجدد امثالها بقوله الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجاز من الكلام دخلت عليه يوما مرادا به اما مجرد بيان الظرفية لا التقدير واما مطلق الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك اعني عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل انه ليس فيه تجدد امثال يصير به مكررا ليحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا ان ينوي به البقاء وهذا على عكسه ينعقد يقتضي مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء واما الابتداء فقط فمحتمل حتى لو اراد بقوله لا اسكن واركب والبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا ولابسا وفرع بعض اهل العلم على كون هذه لها تجدد امثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انما يحنث بتاخير ساعة اذا امكنه النقل فيها فاما اذا لم يقدر بان كان بعذر الليل وخوف اللص او منع ذي سلطان او عدم موضع ينقل اليه او اغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر واورد ما ذكره الفضلي فيمن قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد او منع من الخروج حنث وكذا اذا قال لامراته وهي في منزل ابيها ان لم تحضري الليلة منزلي فطالق فمنعها ابوها حنث اجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيف ما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير ساكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكره في فروع توضيح الوجه به باتم ان شاء الله تعالى وكذا لو بقي اياما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه

قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث لأنه يعد ساكنا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كانت اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف رح لأنه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال أبو حنيفة رح لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف رح يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس

هذه الأيام لا يحنث في الصحيح لأن طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثنى إذا لم يفرط في الطلب
وهذا إذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو أخذ في النقلة شيئا فشيئا فإن كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو أمكنه
أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف
وأما الثاني فوجه قول زفر رح أن الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا أن اليمين
تعقد للبر لا للحنث ابتداء وإن وجب الحنث في بعض اللغات وإذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب
استثناء مقدار ما يتحقق من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج
هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسئلة فرع التي قبلها لما كان بالأخذ في النقلة من ساعته
يبر ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين أنه لا بد في كونه منتقلا من الدار من نقل الأهل والمال وكذا الحلف على أن لا يسكن
في هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود أبدا حنث وإن خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لأنه يعد المتأهل
ساكنا بمحل سكنى أهله وماله عرفا واستشهد للعرف بأن السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج منه إلا ليلا أو بعض
الليل أيضا ويقول أنا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار أهله وماله بها وبهذا القول قال أحمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية التحويل فقط
وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على أن العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافنا وهو إذا خرج بنية عدم العود فقد
انتقل فلا شك في أنه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة بخلاف ما إذا طرأ على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة
أن من كان أهله بمكان ببلدة فهو بها ساكن فيه عملا للعرف المبني اللفظ عليه وهذا إذا الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله
فإن كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فلو حلف أحدهما لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهي وجهازها لا يحنث وقيده الفقيه أبو الليث
أيضا بأن يكون حلفه بالعربية ولو عقد بالفارسية لا يحنث إذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وإن كان مستقلا بسكناه ونعم لقائل أن ينظر
فيما استشهد به للعرف وذلك أن السوقي إنما يقول أنا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى
فيما إذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى أن العرف على أنه ساكن ما لم ينقل
أهله وماله حتى إنه يقال لمن خرج هكذا فلان يريد أن ينتقل من مسكنه ولكن لم ينتقل بعد **قوله** ولو كان اليمين على المصر
ما تقدم كان فيما إذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن
هذا المصر أو هذه المدينة قلنا لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف رح نقله الفقيه أبو الليث
عن أمالي أبي يوسف لأنه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وإن ترك أهله وماله عرفا فلا يقال لمن أهله بالبصرة وهو
بنفسه قاطن في الكوفة هو ساكن بالبصرة والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ولو حلف لا يسكن هذه القرية أو البلدة وهي
مستمرة فاستقل إلى قرية أخرى وترك أهله وماله في الأولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز عمن قال هي كالحلف لا يسكن الدار
فيحنث **قوله** ثم قال أبو حنيفة لا بد في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد حنث

ثم قال أبو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد حنث لأن السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت ولو أخرجه مكرها لم يحنث لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء

لأن السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى ما بقي شيء في المبسوط وهذا أصل لأبي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعا من أن يكون خمرا وبقاء مسلم واحد آمنا في بلدة ارتد أهلها مانعا من أن تصير دار الحرب إلا أن مشايخنا قالوا هذا إذا كان الباقي يتأتى به السكنى أما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى بها ساكنا فيها فلا يحنث حقيقة ووجه دفعه أن قوله السكنى تثبت بالكل إن أراد مجموع الكل هو العلة في سكناه منع بل انما ثبت بقصد نفسه إلى القرار في المكان منضما واللازم أنه لو سرق بعض تلك الأمتعة ثبتت السكنى فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال لما هي منوطة في العرف بقراره في المكان على وجه الانقطاع إليه مع ما يتأتى به رفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل فيدور الكل على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعده من خرج لا يريد العود ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك أو تركه لتفاهته وعدم الالتفات إليه تاركا سكنى ذلك المكان وقال أبو يوسف يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر بأن يغفل عن شيء كإبرة في شق حائط أو نحوه وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته أي سكناه فيما انتقل إليه لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى إذ ليس من حاجتها قال المصنف قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على أن الفتوى على قول أبي يوسف ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه بل على العرف في أنه ساكن أولا والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقي أن يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وبهذا الخلاف في نقل الأمتعة لا الأهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا قوله وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فإنه لو انتقل إلى السكة أو المسجد لم يبر بالاتفاق ثم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالا بما في الزيادات كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن بمكة فلما توطن بمكة بدا له أن يرجع إلى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وإن بدا له في الطريق أن يرجع قبل أن يصل إلى مكة صلى بالكوفة أربعا لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الأول ما لم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لأنه لم يبق ساكنا وقال أبو الليث إن سلم داره بإجارة أو رد المستأجرة إلى المؤاجر لا يحنث وإن لم يتخذ دارا أخرى وإطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقيا في حق إتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أن لا يقال فيه إنه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا وإذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر أين يسكن وإذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب الخروج مقابل للدخول فناسب إعقابه به وتعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الإتيان فإنما ارتبطت أوردها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد أو الدار أو البيت أو غير ذلك فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فإنه يحنث لأن فعل الدابة مضاف إليه كذا هذا ولو أخرجه مكرها لم يحنث لأن الفعل وهو الخروج لم ينتقل إلى الحالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل والمراد من الإخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها كذلك لا الإكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فإنه إذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الإكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره ما لو حلف

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الخروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال قال وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو

لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى اكل حنث ولو اوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا ايضا ناقلا دفع بفرع اتفاقي وهو ما اذا امره ان يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر ولو اتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا اولا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا بانسان او بهبوب ريح حتى هل تنحل اليمين قال السيد ابو شجاع تنحل وهو ارفق للناس وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشي وقاضي خان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فتبقى على حالها في الذمة ويظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح

قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والمضي ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع او لم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظ اخرج معنى اسافر للعلم بان المضي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج يقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المصنف وهو الاصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس اي يزيله فهو يتحقق الزوال يتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعماله غاية الامر ان يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين احدهما فتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والاتيان صحت نيته في الخروج والذهاب النية يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد او لم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية **قوله** فان حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بينه وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا او ليعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر حيث لم تتقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى الى ان يقع اليأس عن البر فيحكم بالحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء

ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصدق قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من اجزاء الحيوة فان كان الحلف بطلاق فما لم يفعل ولم يفعل حنث بموت احدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه المسئلة في الطلاق وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل هذا كذا فعبدي حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده **قوله** ولو حلف اي بالله او بطلاق او عتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولا نية له انصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة اسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا المراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة اي دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان افعال العباد مخلوقة لله ولو اراد هذه بقوله ان استطعت صحت ارادته فاذا لم يأته لعذر به او لغير عذر لا يحنث كانه قال لآتينك ان خلق الله تعالى اتياني او الا ان تخلق الله اتياني وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة للاتي واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء او ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول اوجه لانه فان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر **قوله** ومن حلف ان لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج ومثله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراء الخروج الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المأولة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرجي الا باذني وطريق اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف انه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما ان الاذن انما يسمى اذنا لكونه مسموعا ولو حلف لا يأذن فاذن ولم يسمع ثم اشتاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق او والله لا تخرجين الا باذني مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح فلو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي اما انه خلاف الظاهر فكالظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية في قوله لا تخرجي حتى آذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما فيستعار الا باذني لمعنى حتى اذن فيتحقق الاذن بمرة واحدة وقد بحث بعضهم في حق النساء ايضا بوجب التكرار واستدل بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم ونحن نقول بان قام الاجماع على ان التكرار مراد فلا نزاع وانما الكلام في انه هو موجب اللفظ

ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعد ما بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية ...

فقلنا لا فانه اذا قال حتى اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا منهيا بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن تحقق ما هو اذن فتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان ثمة تحجير بغيره من دليل آخر او علم انه اريد بخلاف مقتضاه وقال بعض الشافعي في قوله الا باذني انه انتهى اليمين بمجرد خرجة واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وهو في وجه كقولنا وهو اختيار المزني والقفال **قوله** ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث ونقل عن احمد انه يجب تكرار الاذن فيه ايضا مثل الا باذني وهو قول الفراء وهذا لان المعنى الا خروجا باذني لان ان والفعل في تاويل المصدر ولا يصح الا خروجا اذني فلزم ارادة الباء فصار باذني والجواب انه لا بد من احد الامرين اما ما ذكر من ارادة الباء المحذوفة او ارادة ان تجعل بمعنى حتى مجازا اي حتى اذن لك وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد وهو اللازم في الا ان اذن لك احد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء ايضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الآية والثابت وجوب تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع والفعل مع كل تكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الآية الاولى بلزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فالزم بعض المحشين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المراة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج ايضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية اما هنا فالنظر فيما ينعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمها الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ القاضي على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا اشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب منه لا يقول احد انه حنث ولزمته الكفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا مقرونا بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر والكثرة من اسباب الترجيح مع كون غير مجاز الحذف اولى يجب ان يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا والمستمر بعضويا من الالفاظ بلا زيادة تامل وانت علمت ان حذف حرف الجر مع ان وان مطرد وفيه شأن آخر انه لما قال ان اذن لك وجب ان يسلك به مسلك حتى وبغير ذلك وجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا تخرج الا ان ياذن فلان او حتى ياذن او الا ان ياذن او الا ان يقدم فلان او حتى يقدم وقال الرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن

ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال لرجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا ينكر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج الا بنص صريح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار لا ان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك **قوله** ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور انفرد به ابو حنيفة رح باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي ان يحلف مطلقا وموقتة وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رح يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تتقيد بالحال وهو ما يكون جوابا الكلام يتعلق بالحال مثل ان يقال تعال تغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه يمين وقع جوابا تتضمن اعادة ما في السؤال والسؤال الغداء في الحال فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدأ لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال فالفائدة اولى من الالغاء لفظ صحيح في معناه او ما يكون بناء على امر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة ومنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رح يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل خروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس وجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغله وفرسه فلو ركب جملا او فيلا لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لكن خصصه العرف بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلثة فيتقيد به وان كان الجمل ممن يركب ايضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو ان ينعقد على الجمل ايضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسياتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابة طرا لا يحنث على وزان ما تقدم في اول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة او محملا محمل او دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فلا يحنث بركوبها وان نوى دابة العبد ايضا لانه لا ملك للمولى فيه عند ابي حنيفة رح واما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين او كان لكنه غير مستغرق الا ان ينويه فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضت اضافته الى العبد

باب اليمين في الاكل والشرب

عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع اخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه عليه السلام فاختلت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا فتقصر الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا نواه فتحقق خلافه لابي حنيفة فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند ابي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند ابي يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد يحنث في الوجوه الثلثة وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق نوى دابة العبد او لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها اي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف على دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي واحمد والظاهر ان ابا حنيفة اشعر بالعرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وتملك دابة سيده فتنصرف اليمين الى ما يضيفه العرف اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره واقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما ان لا ينعقد عليها الا بالقصد لانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى عبده لم تنعقد عليه فلانية تعقد عليها الا ان ينويها فيراه قول اذا كان دينه مستغرقا انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك وان لم يعرف ما كان يضيفه الى السيد مع اضافته الى العبد الا باعتبار ذلك فاذا انتفى انتفى المنتظر

باب اليمين في الاكل والشرب عقبه بالخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به البقاء بالبنية من المأكول والمشروب واليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال والاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ كذا في التجريد وذكر الزندويسي ان الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمضغ عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا يأكل فابتلعه ينبغي ان لا يحنث وفي فتاوى ابي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لا شك في انه اكل اذا كان ما يمضغ على تقدير ايصاله بالحنث بمضغ الى الجوف ولا شك ان قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها في الاكل فيلزم ان يحنث ببلع ما كان في فمه لانه لا بد من حركة في تقريبه وهذا لانه لا يمكن ان يراد من عمل الشفاه شيء اخر والحق ان الذوق عمل الفم بمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف او لا وقيل فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى ان الاكل اذا كان الايصال بحيث يشم لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان قد يتحقق معه لزم ان بينهما عموما من وجه فيجتمعان في الايصال بعد الشم فان الشم عمل الفم اعني الحنكين وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ ما يحيث يمضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب الجوز واللوز لكن في المحيط حلف لا يذوق فاكل او شرب يحنث ولو حلف لا ياكل او لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روي عن هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو ان لا يوصل الى جوفه الا ان يتقدمه كلام يدل عليه نحو ان يقول تعال تغد معي فحلف لا يذوق معه طعاما وشرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على ان عدم الوصول الى الجوف معتبر في مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي ان لا يحنث بالاكل في الحلف على الذوق والذي يغلب ظنه ان مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقترن بالمضغ او البلع لما لا تتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بان ابتلاع قلب اللوزة لا يقال فيه ذاق اللوز

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه وهو الثمر لأنه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار تمرا وصار اللبن شيرازا لم يحنث لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه بخلاف ما إذا حلف لا يتكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلا يعتبر الداعي داعيا في الشرع

ولا يحنث ببلعها وإذا حلف لا يأكل شيئا مما لا يتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث ولو عنى بالذوق الأكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فجعل يمصه ويرمي ثفله ويبتلع المتصل بالمص لا يحنث فإن هذا ليس أكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فأوصله إلى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فأكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا إذا حلف بالعربية فأما إذا حلف بالفارسية فإنه يحنث مطلقا وهو الصحيح لأن كلا من الأكل والشرب يسمى خوردن فإذا قال نخورم بالنية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فجففه فدقه ثم صب عليه الماء فشربه لا يحنث ولو أكله مبلولا حنث والسويق إذا شربه بالماء يكون شربا لا أكلا فإن ابتل يأكله بالماء فأكله حنث **قوله** ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالمثلثة أي ما يخرج منها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم أكله لأنه ممتنع الأكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها إلى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لأنها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا عسل الرطب فإنه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لأنها توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم وقيل لأن ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى أن من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التأويل أعني قوله لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع ودبسه والمراد عصيره فإنه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ولأنه كان متخللا بين القشر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لأن حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصراف اليمين إلى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما إذا كان لها ثمرة فإن لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث بما إذا اشترى به مأكولا **فرع** حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث **قوله** وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرا أو من هذا اللبن فصار شيرازا أي رائبا وهو الخاثر إذا استخرج ماؤه فأكله لا يحنث لأن الأصل أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فإذا زالت زال اليمين عنه وما لا يصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو إلى اليمين بحسب الأمزجة وكذا صفة اللبنية فإذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فأكله أكل ما لم تنعقد عليه وخص اللبن وجه ذكره بقوله ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف إلا على عينه لا على ما يصير إليه لأن الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا سمنه ولا زبده بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام معه منهي فلم يعتبر ما يجعل داعيا إلى اليمين من جهله وسوء أدبه إذ كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بأن الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بأن الهجران قد يجوز أو يجب إذا كان لمعنى بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنته أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحنث

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش **قال** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا أو بسرا أو حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما إذا كان اليمين على الشراء ولأن الرطب المذنب يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون تبعا وله أن أكل البسر والرطب فكل واحد مقصود في الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الأكل يحنث لأن الأكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا

إلا أنه وجد المسوغ وإذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته ونذكر ما فيه في المسئلة التي تليها **قوله** ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشا لوجود ذاته فيه فإنما قلنا ليست داعية لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعا عنه كبشا وفي هذا نظر لأن الحمل ليس محمودا في الضأن لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النحس من بين الجيدين بخلاف كبشا فإن لحمه أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم أن إيراد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا أكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسئلة ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف اللفظ إلى المعتاد في العمل والعرف في القول وإن التكلم لو أراد معنى يصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه ففي مسئلة الحمل العوام الفضلة وعندهم هذا في غاية الصلاح ومايديك بجسته الا أفراد عرفوا شيئا من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين إلى ذات الحمل لأنه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا يحكم على المفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه اليهم فيلزم أن لا تعتبر الحلية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين في حق العموم فينصرف إلى ذاته وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبي علم أنه لا يسلم عنه إلا ترك الكلام معه أو علم أن الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فعقد يمينه في الأول على مدة كونه حملا وفي الثاني لا مدة صباه فإنا نقول لو أراد حالف تقييده بالحلية والصبا لم تمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وإنما الكلام إذا لم ينو شيئا فإنما يسلك به ما عليه العموم أخطأوا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فإنك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس منه واليمين العقد على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا أو رطبا أو حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدأ الإرطاب من ذنبه حنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث كذا ذكر القم الخلاف وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم وشرح الطحاوي للإسبيجابي وشروح الجامعين والإيضاح والأسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطأ خلافه فذكر فيها قول محمد مع أبي حنيفة وصورة المسئلة أربع اتفاقيتان وهما ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا أو لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث اتفاقا وخلافيتان وهي ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فإنه يحنث في الاثنين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف ره وجه قول أبي يوسف أن البسر المذنب لا يسمى رطبا لأن الرطب فيه مغلوب وأن الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا حنث ولذا لا يحنث بشرائهما في حلفه لا يشتري بسرا أو رطبا ووجه قولهما أن الأكل في ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لأن أكل كل جزء مقصود لأنه يمضغ ويبتلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فإنه يتعلق بجملة المشتري عنها فيكون القليل منه تبعا للكثير ولو حلف لا يشتري رطبا واشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا

قال ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام

وكذا لو حلف لا يأكل حنطة فيها شعير فأكل شعيرة حبة حبة حنث ومن حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه وقد يقال ان هذا التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فاذا وجده اما لو اكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية في الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لآكله اكل بسرا في العرف فكان قول ابي يوسف اقعد بالمبني والله اعلم **قوله** ومن حلف لا يأكل لحما الخ تنعقد هذه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا او مشويا وفي حنثه بالني خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه ابي الليث يحنث فلو اكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهو رواية شاذة عن ابي يوسف لانه سمي لحما في القرآن قال تعالى لتأكلوا منه لحما طريا اي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا فرجع الى ابي حنيفة فاخبره فقال ارجع فاسئله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض عن ذلك فقال لا يحنث فقال أليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال لسفيان كأنك السائل الذي سألتني امس فقال نعم فقال لسفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول وظهر ان تمسك ابي حنيفة انما هو بالعرف لا بما ذكروه وذلك في وجه الاستحسان ان التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم في السمك لسكونه الماء ولذا احل بلا ذكاة فانه ينتقض بالالية تنعقد من الدم ولا يحنث باكلها لمكان العرف وهو انه لا يسمى لحما ولا تذهب اوهام اهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم وكذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وايضا نمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآني الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا او لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتها في القرآن دابة واوتادا وهذا كله اذا لم ينوه اما اذا نواه فأكل سمكا طريا او مالحا حنث **قوله** حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقة لا يحنث الا اذا كان نواه **قوله** وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين تنعقد على الحرام واليمين تنعقد على الحرام شرعا وحلا وان وجب في الحل ان يحنث بخلاف النذر للنص الذي في معصية الله تعالى ولكن يرد عليه ان الايمان تبنى على العرف ولا تذهب الاوهام في الاكل الى اكل لحم الآدمي والخنزير وان سمي العرف لحم الآدمي لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف في قولنا اكل فلان لحما كما قلنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فيتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل ان الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في نكاح الفضولي ردا على المصنف هناك واورد ان الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بفعل هو حرام محض واجيب بان الفعل والحرمة انما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بها حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده فيكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة انما باليمين والحظر للحنث وهذه انصراف عن المذهب المرجح على تقدير ان السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي والقائل المشار اليه وكان يغني عن التهالك في اثباته فيما تقدم تسليم ان اليمين سبب وكذا الحنث موجبا للكفارة الحنث لما ذكره ولا خلاف بيننا وبينهم ويجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من ان الاضافة في كفارة اليمين

وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم

الى المشروط لا الى المتسبب وكل هذا بسبب التزامهم ان الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبر الحرمة اسم الله الثابتة بالحنث معصية كان الحنث او طاعة واجبة او مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال ان يكون حراما وما يظن من انه يصح واجبا حراما من جهتين توهم والا فمعنى الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الايجاد في وقت واحد فليس ذلك الا من الاوهام وشذ في كفارة الاحرام تثبت والجناية اذا كان مريضا او به اذى من راسه **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا او رية او قلبا او طحالا يعني حنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث ذكره في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث باكل الشحم والالية الا اذا نواه في اللحم بخلاف شحم الظهر حيث يحنث به بلا نية لانه تابع اللحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار فيلزم كونه من نفس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به ولابي حنيفة انه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويقلى فيها ويوكل اكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم ويحصل به قوته ولذا يحنث باكله في اليمين على ان لا ياكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على ان لا يبيع شحما والقاطع ينفي قولهما ان العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بالعربية شحما ويسمى في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان تبتني على العرف لا على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما في آية الاستثناء ويقول بعض الشارحين شحم الظهر اما ان يكون لحما او شحما لا قائل بانه لحم او شحم لانه يذوب دون اللحم وايضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله بعيد فما ذكرنا لا يفيد الا انه شبه ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا باللحم بل اللوازم جاز كونها مساوية للملزوم وجاز كونها اعم منه فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فجاز كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك لكن لا يخفى ان من قال هذا لحم الظهر بل تقطع منه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر او من الظهر لم يعد مخطيا ولذا صحح غير واحد قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بالذي في العظم قال الامام السرخسي لا اعلم احدا يقول بان مخ العظم شحم انتهى وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما **قوله** وقيل هذا اي الخلاف فيما اذا قال بالعربية فاما لا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بان قال پیه نخورم بهیچ اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم والحق انه لا يحنث بها في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية والا في يمين الشحم خلافا لاحمد للعرف او العادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر لانه يراد ويستعمل استعماله **فروع** حلف لا ياكل لحم شاة فاكل لحم عنز يحنث وقال ابو الليث رضي الله عنه لا يحنث مصريا كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا ياكل لحم بقر فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لا يشتمل الاسم عليه في فتاوى قاضي خان

ولكن يستعمل استعمالاً ويحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اذا حلف بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشتري او لا يأكل لحماً او شحماً فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل طعاماً سماه فمضغه حتى دخل جوفه من مائه ثم ألقاه لا يحنث ولو فعل هذا في العنب فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب حنث لانه اكل الاكثر ولو حلف لا يأكل شيئاً من الحلو فاي شيء أكله من الحلو من الخبيص والعسل والسكر والناطف حنث ذكره في الاصل قال الامام النسفي في شرح الشافي هذا في عرفهم اما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا يأكل ملحاً فأكل طعاماً مالحاً يحنث ولو حلف لا يأكل الفلفل فاكل طعاماً فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل يحنث لان عينه غير مأكول فتنصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه منفرداً او مع غيره الا اذا كان في وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح فبقول الفقيه يفتى وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح هذه فاخذ ماءه وملحاً فجعلهما في العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا يأكل لبناً فطبخ بارز فأكله ذكر النسفي لا يحنث وان رؤيت عينه لم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان ترى عينه ويوجد طعمه يحنث ولو حلف لا يأكل زعفراناً فاكل كعكاً على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصاً لم يحنث الا اذا وجد طعمه ولم تر عينه فلا يحنث وكذا هذا التمر فجعله عصيدة فأكلها لا يحنث وفي اكل السكر لا يحنث بمصه ولو حلف لا يأكل لحماً يشتريه فلان فأكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى ان لبس سنفى بيته مرقة وسنفى بيته قليلة لا يعمل اذا اعمل بها او كثيرة فاسدة لا يحنث ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث بأكله كما لو سخنت المحلوف على طعامها طبخة غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو اوقد غيرها ثم وضعت هي القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخاً قطعاً ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ ومعينه والطباخ والمركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على ما لا يؤكل ان لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فأكله لا يحنث فعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فأكله وكذا من ميراثه اذا اخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف ما يزرع فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء اما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره واكل منه لا يحنث ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب فمات فورث منه فأكله حنث ولو انتقل بشراء او هبة او وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوباً نسجه فلان فنسجه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراماً فاشترى بدرهم غصب طعاماً فأكله لا يحنث لما عرف ان الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليها ثم الدرهم اما لو اكل خبزاً غصبه حنث ولو اشترى بذلك الخبز لحماً لا يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب او قرد لا يحنث عند اسد بن عمرو قال نصير يحنث وقال الحسن كله حرام وقال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراماً مطلقاً وهو حسن ولو اضطر فأكل الحرام المغصوب فالمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب مما ظهر ان اهل مثله قبل ان يأكله لم يحنث ان اكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه او المكره اذا فعل شيئاً حراماً فهو لغير اكل

ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابى حنيفة رحمه الله ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهى قاضية على المجاز المتعارف على ما هو اصله ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه فى دار فلان واليه الاشارة بقوله فى الكتاب حنث ايضا قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد فى غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا اذا اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او فى بلد طعامهم ذلك يحنث

لها ولو اكل من الكرم الذى رفعه معاملة لا يحنث اما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما اكل ملك نفسه قوله ومن حلف لا يأكل هذه الحنطة يعنى ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نية ولو قضمها بنية لم يحنث وكذا لو اكل من خبزها او دقيقها او سويقها وهو قول الشافعى وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولابى حنيفة ان له حقيقة مستعملة يعنى يستعمل لفظ اكل الحنطة حقيقة اى فى معناه الحقيقى وهو ان يأكل عين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس يقلون الحنطة ويأكلونها وهى التى تسمى فى عرف بلادنا بليلة وتقلى اى توضع جافة فى القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل باطراف الاسنان بل ان يأكل عينها باطراف الاسنان او بسطوحها فاذا ثبت ان للفظ حقيقة تستعمل فهى اولى عند ابى حنيفة من المجاز المتعارف وهو ان يراد باكل الحنطة اكل خبزها وصار كما اذا حلف لا يأكل من هذه البقرة او الشاة فاكل لبنها او سمنها او زبدها او من هذه البيضة فاكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذا كان مأكولا وهما يعكسان هذا الاصل ويريان المجاز المتعارف اولى ورجح قولهما بان المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف اليه بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فانه ليس اللفظ مجازا اشتهر فترجح على الحقيقة والذى يغلب ان المتعارف والاكثرية وجود المعنى وهو نفس فعل اكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ اكلت اليوم الحنطة او لا اكل حنطة فيه بل لفظة اكلت حنطة يحتمل ان يراد به اكل عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيرجح قول ابى حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال الكثرية التى توجب اكثرية اللفظ الذى يدل عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال اكلت خبز الحنطة ويقال اكلت الحنطة بل الآن لا يتعارف فى اكل الخبز منها الا لفظ آخر وهو اكلت الخبز اللهم الا ان ينوى اكل الخبز فيحنث به لا بالقضم او القضم فلا يحنث باكل الخبز اتفاقا ولو قضمها حنث عندهما كما يحنث بخبزها والقضم بكسر العين فى الماضى وفتحها فى المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز من رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وكما فى الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضى خان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه الاشارة بقوله فى الخبز يحنث ايضا فانه يفيد انه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه فى دار فلان يحنث بالدخول زحفا لجعله مجازا فى الدخول ولو اكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابى يوسف فيحتاج ابو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة اما لو حلف لا يأكل حنطة فينبغى ان يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده فى جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو ان عينها مأكول قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه فيحنث بعصيدته وفى النوازل لو اتخذ منه خبيصا او نحوه حنث فلو استفه مستفا لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا فى العرف فلا يحنث بغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث باكل الخبز قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن حلف لا يأكل من هذه النخلة فيمينه على ثمرها فاذا اكل من عينها لا يحنث لانصراف يمينه الى المعقود فلم يتناول الحقيقة الا ان ينويه قوله ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاده اهل مصره

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لأنه يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق إلا أن ينوي ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقة وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لأن التعميم متعذر فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء إلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديدا وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر

خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه المعتاد في غالب البلدان ولو كان أهل بلدة لا يعتادون أكل الشعير لا يحنث به ولو اعتادوا خبز الذرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطائف وينبغي أن يحنث بأكل الكلاج لأنه خبز وزيادة فالاختصاص باسم الزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لأنه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فأكله بعدما تفتت لا يحنث لأنه لا يسمى خبزا أو لا يحنث بالعصيد والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن أبي حنيفة رحمه الله في حيلة أكله أن يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الأرز إلا أن يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة إليها طبري وهو اسم آمل وأعمالها قال السمعاني سمعت القاضي أبا بكر الأنصاري ببغداد يقول إنما هي تبرستان لأن أهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال القتبي طبرستان معناه بالفارسية أخذ الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب التبر وهذا لا ينافي ما قاله السمعاني بقليل تأمل قال العبد الضعيف أعزه الله وإبقاه للمسلمين وقد علمت لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل إلا الشعير فحلف لا يأكل خبزا انعقدت يمينه على عرف نفسه فيحنث بالشعير لأنه لم ينعقد على عرف الناس إلا إذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فينصرف كلامه إليه ولذلك هو منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مخالف لهم **قوله** ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر المشويين لأنه يراد به في العرف ذلك عند الإطلاق إلا أن ينوي غير ذلك مما يشوى من بيض أو غيره كبقول الأخضر الذي يسمى في عرفنا شواء العرب وقولنا في ذلك قول أحمد **قوله** ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم يعني بالماء حتى أن ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لأن التعميم متعذر لأن الدواء مما يطبخ وكذا الفول الذي يسمى في عرفنا الفول الحار ولا يقال إنه أكل طبيخا فينصرف إلى خاص هو أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف إلا أن ينوي غيره من الباذنجان ومما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضي أن لا يحنث بالأرز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث في الأرز إذا طبخ بودك فإنه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم أيضا ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ وإنما الكلام في أنه هو المتعارف الظاهر أنه لا يختص به ولو أكل من مرق اللحم حنث قال المصنف لما فيه من أجزاء اللحم وهذا يقتضي أن من حلف لا يأكل لحما فأكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولأنه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فإنه لا يسمى لحما في العرف **قوله** ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها من رؤوس الإبل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه فيهما ثم صار في البقر والغنم فرجع أبو حنيفة عن اعتبار العادة في حق رؤوس الإبل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري ولو ورد أن العادة كما هي في الرؤوس مقتصرة على رؤوس الغنم والبقر فهما كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل إذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير ولكنه مع أن اليمين انعقد باعتبارهما فحنث بأكل لحمهما إذا حلف لا يأكل لحما أجيب بأن الأصل في جنس هذه المسائل أنه يجب العمل بالحقيقة يعني اللغوية فإن لم يمكن وجب اعتبار المتعارف واللحم يمكن فيه أكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤوس لا يمكن أكل

قال وان حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح حنث فى العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اى يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود فى التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود فى القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا فى معنى التفكه للاستعمال فى حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات

قال ولو حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وقال محمد رح كل

حقيقتها اذ هى مجموع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشراء فانه يمكن فى الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها اجيب بالمنع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كرؤس الآدمى وبهذا خرج الجواب عما اورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة انه لا يحنث اذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فامكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب النملة وما هو اصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من ان المتكلم انما يتكلم بالعرف الذى به التخاطب فوجب عند عدم النية ان يحكم بان المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابى وغيره فى لحم الخنزير والآدمى عدم الحنث وليس الابتناء على هذا الاصل المذكور ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا فيه لما تجاسر احد على خلافه قوله فمن حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص والكمثرى وهذا التفصيل عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح يحنث فى العنب والرطب والرمان ايضا والاصل المتفق عليه ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اى يتنعم به زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلى ولهذا يقال الثمار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه اى فى معنى التفكه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا فى الحالين فان خصت العادة التفكه باحدى الحالتين دون الاخرى كالبطيخ فانها خصت التفكه به فى حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث باكل يابسه وهذا المعنى اى معنى التفكه بان يوكل زيادة على الغذاء موجود فى التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود فى القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا واما العنب والرطب والرمان فهى محل الخلاف فوجه قولهما ان معنى التفكه موجود فيها بل هى اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وابو حنيفة يقول هى مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها فى الجملة فى قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان فى بعض عوارض البدن فلا يكون انما يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بها الا ان ينويه فيحنث بالنية اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان او من الاقوات وهى التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففى زمانه لا يعدونها من الفواكه وافتى على حسب ذلك وفى زمانهما عدت منها فافتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابى حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح فى ان مبناهما اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك ان ذلك لغة والتفكه بالشئ ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه اصالة وهذا معنى اللغة فتناول العنب واخويه ليس كذلك وانما فسر امكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة فى زمنهم وخالفها فى زمانهما فان قيل وفيه دليل على ما ذكرنا انفا من ان المعتبر اللغة الا ان لا يمكن فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك فالجواب انه غير لازم لجواز ان يعتبرا كون الاستقبال به احيانا بالنسبة الى بعض الناس يؤثر فى نقض كونه ما يتفكه به قوله

ومن حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام كالخل والزيت والعسل واللبن والزيت والسمن والمرق والملح لانه يؤول الى الذوب فى الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبنى للفاعل وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه متعديا الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل الى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل عند بناء الفعل له فانما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به ... الى اصطبغ الخبز ...

قال وكل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح

اي الخبز ما له جسم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف وقول الشافعي واحمد والحاصل ان ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والجوز واشباهها ليس اداما بالاجماع اي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انها على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعا للخبز يكون اداما اما البقول فليست بادام بالاتفاق لان اكلها لا يسمى مؤتدما الا ما قد يقال في اهل الحجاز بالنسبة الى اكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار ادام وفي التمر عنده وجهان في وجه ادام لما روي انه عم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه ابو داود وفي آخر ليس اداما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد اداما لانها لا تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمراد منه الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب امرأة لو نظرت اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي يوفق فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافقا له ادام والجبن واخواه كذلك ويؤيده ما روي عنه عم سيد الادام في الدنيا والآخرة اللحم وقال سيد ادام اهل الدنيا اللحم رواه ابن ماجة ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية ان ابعث الى بشر ادام على يد شر رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت اصهاره وهو من اهل اللسان ويقول محمد اخذ الفقيه ابو الليث ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو احيانا ليس اداما وهذا لانه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير الخبز كشيء واحد وهو بان يقوم به مقام الصبغ بالثوب وهو ان ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لان الخل ونحوه ليس هو مما يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بادام ويرد عليه انه ان اعتبر في مسمى الادام ما يحيث يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا موافقا اكمل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص اسمه الاكمل منه واستدل لابي حنيفة وابي يوسف ايضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز او قبله فلا يتحقق التبع بخلاف المصطبغ به واجيب عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه اداما اذ يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم واما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي بعيدة منها اذ يبعد لامام عالم ان يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما للمؤنة لغرض مهمل للكافر والسكنى في بيت الصهر فقط لا يوجب ان يكون الساكن اشر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما مستقلان فيه ثم وتحصل التبعية ح ويدفع بان التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذن جسمان متكافيان لا يكون احدهما تبعا للآخر بخلاف ما وقع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز الا بالصبغ واما الجسمان المتكافيان فكل مقصود

واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشية ولهذا يسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء

الى الآخر في رفعه قال التمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد رحمه الله **قوله** واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلوة الظهر الى نصف الليل وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يوكل في الوقتين لا الاكل فيهما فالوجه ان يقال فالتغدي الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشي في الحديث اذ في الصحيحين من رواية ابي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشاء وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات وهذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا من الفتاوي الصغرى وفيها السحر بعد الثلث الثاني ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من مضي اكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم واما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله فالاكل فيه تغد وقد اطلق على السحور غداء في قوله عليه السلام لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجاز القرب من الغداة وكذا السحور لما كان لا يوكل في السحر والسحر من الثلث الاخير سمي ما يوكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والتضحي الاكل في وقت الضحى ويسمى الضحاء ايضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلوة الى ان تزول واصل هذه في مسائل القضاء قال السرخسي فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى ان تزول وان قال عند طلوع الشمس او حين تطلع فله من حين تطلع الى ان تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلوة عند طلوع الشمس والنهي ممتد الى ان تبيض والمساء مساءآن احدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته ولو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب. وذكر الولوالجي والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلوة الى نصف النهار والتصبيح ما بين طلوع الشمس ومن ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لانه من الاصباح وهذا يعرف بتسمية اهل اللغة ولو حلف لياتينه غدوة فهذا من طلوع الفجر الى نصف النهار **قوله** ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وكذا السحور فلو اكل لقمة او لقمتين او اكثر ما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت وما تعشيت ولا تسحرت ويرد انه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم ان كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع واجيب بان العرف الطارئ يفيد انه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم او ما تعشيت البارحة وان كان اكل لقمة او لقمتين وكذا المعتبر في الغداء ما هو غداء في حق اهل كل بلد فما يتعارفونه غداء لهم فلو كان عادتهم اكل الخبز في الغداء او اللبن ينصرف اليه حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لانه غداء اهل البادية وهو لو اكل غير الخبز من الارز او التمر او غيرهما حتى شبع مما هو غير معتاد التغدي به لم يحنث ايضا **قوله** ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء من الملبوس او المأكول او المشروب لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى حتى اذا اكل او لبس او شرب حنث

لو نوى في القعود تصح نيته لأن النية إنما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه

عند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن أبي يوسف واختاره الخصاف لأن النية إنما تصح في الملفوظ والنية بعض محتملاته والثوب في إن لبست والمأكول والمشروب في إن أكلت أو شربت غير مذكور تنصيصا لم تصادف النية محلها فلغت فإن قيل إن لم يكن تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا أجاب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولا وكذا اللبس والشرب والمقتضى لا عموم له عندنا ولأن ثبوته ضروري فيقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام اندفعت بالمأكول لا على أنه مأكول هو كذا فلا يصح إرادته فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي رحمه الله أن المقتضى لا عموم له وعنده عموم على ما ذكروا أما لو قال إن لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا وقال نويت شيئا دون شيء فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لأنه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم لما تقرر أن النكرة في سياق النفي تعم بسبب أن الشرط المثبت في اليمين الحلف يكون على نفيه لأن المعنى نفي لبس ثوب ونحوه ولو قال لا ألبس ثوبا إلا أنه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضي منه فإن قيل ينبغي تخصيص المصدر المدلول عليه بالفعل فإنه مذكور ليكون الفعل على ما عرف في الطلاق من أن المصدر أيضا ضروري الثبوت والضرورة مندفعة بالتعميم وهذا خلاف ما تقدم في مسألة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا لتحكم الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث بل الحق على هذا أنه إذا ذا قيل كما قلتم في قوله إن خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج إلى غيره تخصيصا لنفس الخروج بخلاف ما لو نوى الخروج إلى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لأن المكان غير مذكور فكذا ينبغي تخصيص الأكل وكذا قولكم فيما إذا حلف لا ساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد صح وهو تخصيص المصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وإن عم بسبب أنه في سياق النفي لأن الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لأن عمومه بطريق الضرورة ليتحقق الفعل في النفي فإنه لا يتحقق في محل خاص إلا بمحله لأن نفي الأكل لا يتحقق إلا بنفي ذلك المصدر هناك وليس ثبوته إلا ضرورة إذ لا يثبت إلا مستندا لضميره ولا يثبت إلا بما أدى إليه وحاصله أن من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التعميم فلا يقبله بخلاف إن أكلت أكلا فإن المصدر مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لأن أكلا المذكور ليس عين أكل المقتضى للفعل المعروف الثبوت بمقام المصدر المذكور عام الاسم فقبل التخصيص وأما مسألة الخروج فقد أنكرها القضاة الأربعة القاضي أبو الهيثم والقاضي أبو حازم والقاضي العمي وأبو طاهر الدباس وقالوا ما روي عن محمد فيها سقط إلا قوله إن خرجت خروجا وكأنها سقطت من الكاتب ومن التزمها أجاب بأن الخروج في نفسه متنوع إلى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما فقبل إرادة أحدهما فيه وهذا أجيب من مسألة المساكنة قلنا متنوعة إلى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ما يكون في دار فإذا نوى المساكنة في بيت واحد فقد نوى أحد نوعيها بخلاف ما إذا حلف لا يغتسل أو لا ينكح ثم قال نويت من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لأن الاغتسال غير متنوع لأنه عبارة عن إمرار الماء والتنوع في أسبابه وكذا لا ينكح حانث قالت والتنوع في محله وقيل ذلك كلام مهو لأن مثل هذا إنما هو في الحقيقة وأما لو حلف لا يسكن بالإجارة أو الإعارة لا يصح ... المساكنة ... لا يسكن فإن اشترى دارا قال ... [illegible]

وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكـ
نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

لنفسه فانه يصدق لانه احدي نوعي الشراء لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فيصح نية احدي النوعين
بخلاف السكنى نفسها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة
لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية
او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص الجنس كان الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة
الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر في ذلك والله اعلم ان ذكر لفظ امرأة او رجل عين ذكر ولد لاب الى آدم فكانه
قال كل من لها اب من ولد آدم واما بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان
لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها بمقتضى الوجود لا اللفظ والحق ان الافعال الخارجية لا يتصور ان تكون الا نوعا واحدا لا فرق
في ذلك بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه من الشراء فكما ان اتحاد الغسل بسبب انه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس
الا قطع المسافة غير انه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند
ذلك علمنا اعتبار الشرع اياه كذلك كما في الخروج اختلف الاحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره تختلف احكامهم فيتعدد
ويتعدد النوع في ذلك ولا يخفى ان المساكنة والسكنى ليس فيها اختلاف احكام الشرع الطائفة منها بالنسبة الى طائفة اخرى
وكل في نفسه نوع لان الكل قرار في المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المفعول في لا آكل ولا البس ليس من باب المقتضى لان المقتضى
ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق
عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا ثم المفعول اعني الماكول من ضرورياته
وجود فعل الاكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد ان يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق
بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا وطائفة
من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين
بجمع باب من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير
ذلك اذ هذا المحذوف ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على عرف ان الفعل
المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا ياكل
من مكان دون آخر وزمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال ان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال
قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا اكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا يعقل
الفعل الا به فعلية ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدي من غير اخطاره فانما هو لازم لوجوده لا مدلولا للفظ هذا ويكون ارادة نوع ليس تخصيصا
من العام ما لا يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض تمنا ولاته واقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص
لا تقتلوا المشركين وحمله انما هو مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع افراده كما في تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق

قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة

عليه اسم السفر فيستمر الاشكال في يمين المساكنة والخروج وقد ظهر بهذا من ذكرنا ولا سحاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن ايراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه من حيث انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب ان يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله انت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذا الوجه يكون تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله انت بائن يصح نيته اي انواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لان الاعم في الاثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو قلت رأيت رجالا لا يعم اصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رأيت رجلا **قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا** اي يتناول بفمه من نفس النهر عند ابي حنيفة رحمه الله يعني اذا لم يكن له نية اما اذا نوى باناء حنث به اجماعا وقالا اذا شرب منها كيف ما شرب باناء او بيده او كرعا حنث لا فرق بين ذلك بين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها باناء او كرعا في دجلة او نهر آخر يأخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي واحمد ووجهه انه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو الكائن مجازا اما مجاز حذف اي من ماء دجلة او مجاز علاقة بان يعبر بدجلة عن مائها وهو اولى من مجاز الحذف لاكثرية بالنسبة اليه ولشهرة جرى النهر مقررين له بان علاقته المجاورة ثم هو اشهر من انه يراد به نفس الكرع فينصرف اليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيف ما كان بخلاف ما لو استلقى وادخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا واليمين انعقدت عليه وله ان المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب واهل العرف لان كثيرا من الرعاء وغيرهم من اهل العرف يفعلونه وروي عنه عليه السلام انه اتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة ما لم تهجر كانت اولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا انهما يقولان حنث به باعتبار انه من افراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده او كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة انه هو وضع فمه على نفسها واما ما في الهداية من انها للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى ح لا اشرب بعض ماء دجلة اذ لو اريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة وهو الارض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو اريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض المراد لا اشرب بعض ماء دجلة وهو نفس قولهما فيحنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور في تقدم المجاز وهو ان الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي ينصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بان يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم ان يراد بلفظ دجلة ماؤها وح جاز ان يكون من للتبعيض فالمعنى لا اشرب بعض ماء دجلة او للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشربه بانهما كرعا وغيره واما الاستدلال على قوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة انه يفيد ان ما ليه يخالف الشرب

[illegible]

منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال اولى اذا امكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك
الشرب من النهر شربا كشرب البهائم فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا او كثيرا الا انما قليس على الآخذ شربه
منه قدر كفه تحقيقا بان اغترفها والذي انتظم عليه رأي اصحابنا في الدرس توجيه قول ابي حنيفة رحمه الله ان اسم الدجلة
على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء وارادة وضع فمه على نفس جسد النهر يتعذر فالمراد ليس الا وضع فمه على الماء الكائن فيها
وصح جازه كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعني مجموع التركيب اي وضع
الفم في نفسها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا فيه اعني هذا المعنى فمعنى قوله اللفظ حقيقة مستعملة انه ان التركيب حقيقة
وصل المعنى الحقيقي للشرب اي المعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وصح جاز كون من للتبعيض والمعنى لا اشرب بعض
الماء الخاص موضع المكان الخاص فظهر كون من للتبعيض مع كون اللفظ اي التركيب حقيقة مستعملا في الشرب من الماء الكائن في المكان ثم شرع مجازا في المفرد اعني دجلة المستعمل في
انهما يقيد كونه من نفس النهر على مجازيها وهو دجلة في بابهما الا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بآنار ومن نهر صغير يأخذ منها بانه مجاز
اقرب الى الحقيقة لسعة دجلة بمعنى النهر ونظير المسئلتين لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه
لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الجب ومن ماء هذا الجب فنقل
الى جب آخر ولو قال من هذا الجب او من هذا البئر قال ابو سهل الشعبي لو كان الجب والبئر ملآن فيمينه على الكرع عند ابي حنيفة رح
لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف فينبغي ان يقال على ما هو اعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف
ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من اسفل الجب او البئر اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة **فروع** لو قال
لا اشرب من الفرات وشرب من نهر يأخذ منه لم يحنث اجماعا اما عنده فان يمينه على الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك
الماء فيقطع النسبة فخرج من عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات
والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب في اي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت
الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك او من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب
من هذا الماء فانجمد فاكله لا يحنث فاذا ذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا
فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى
لانتسابه الى الجمد ولو كان في النهر حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطها ما لم يطلق عليه اسم الشط
وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا لا يتأتى في النيل لان الشط يغطي قبل الربع ايضا لسعته ومن حلف لا يشرب
نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا
حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمصي من منا احتسا وفقا ما لا يشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء
وهو الظاهر لان في العرف اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب النيلوفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب

ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فأريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائها التصور عندهما خلافا لابي يوسف رح لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رح يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا

بغير اذن فلان فاعطاه فلان فلم يأذن بلسانه في الخلاصة ينبغي ان يحنث وهذا دليل الرضى ليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روي عن ابي يوسف في النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء فشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا واما اذا خلطه بجنسه بان حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة اخرى وعند ابي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج اما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عقد يمينه على الدهن

قوله ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء او لم يعلم وقال ابو يوسف رحمه الله حنث في ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله اي اصل هذا الخلاف ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه عند الشافعية وعند ابي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتني على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما وحنث عند ابي يوسف لانما يتحقق ويحنث في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت وحنث بالاتفاق بان اليمين انعقدت على انه حيوة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياة القائمة على ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسئلة الكوز فانه وان امكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فاكل قبل الليل او ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له او مات احدهما قبل مضي الغد او قضاه قبله او ابرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند ابي يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رأيت عمرا فلم اعلمك فعبدي حر فرآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا او قال هو عمرو لا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم يبق اليمين وعنده تعتق لبقاء اليمين وفوات المحلوف عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم اعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليضربنه او ليكلمنه ووجه قولهما ان اليمين انما تنعقد للبر طلبا او منعا او للاخبار بمعنى الصدق فكان محلها خبرا يكون فيه البر فاذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد الا في محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولابي يوسف انه امكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث تنعقد مع استحالته عادة ثم يحنث في الحال قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف لانه فرع الاصل فينعقد اولا في حقه ثم ينتقل الى الخلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم في الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم

فأبو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التأقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة **قال** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسألة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

تصور البر وعند ابي يوسف يحنث للحال في الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق ولم يبق شئ **قوله** فابو يوسف فرق الخ لا شك ان هنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او وقت آخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء وقت الحلف وان لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما ماءان ايضا ففي المقيدة ولا ماء لا ينعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وينعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر من وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا واذا اهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم طرء العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى والتي فيها ماء تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما اذا اريق حنث اتفاقا اما عند ابي يوسف فظاهر وكذا ما قبله واما عندهما فلان تصور البر شرط في المطلقة الا للانعقاد وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين والفرق ان التأقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التأخير لا يرجى له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لان اللفظ ما هو اوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في آخر جزء ومنه فلا يحنث قبله وكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تأخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك ان كان البر مرجوا ولا رجاء هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا اليأس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما ايضا يحتاجان الى الفرق ولانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل آخره فاذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكانه حلف اذ ذاك ليشربن ما في هذا الكوز اليوم وحلف هذا ان اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين الموقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث فقائل ان يقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعيينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحيوة فالموقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحيوة فلاي شئ تبطل اليمين عند آخر اجزاء الوقت في الموقتة ولم يبطل عند آخر جزء من الحيوة في المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق فقال ابوها ان وهبت له صداقك فامك طالق فحيلة عدم حنثهما ان يشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا ارادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية **قوله** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما هو في الكتاب اما اذا وقت اليمين فقال لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد اصلا لانه مستحيل عادة

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله

فيجعل المستحيل حقيقة كما في الكوز فلا ينعقد ولنا ان صعود السماء ممكن ولهذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى صفة الحجرية والباس صفة الذهبية بناء على ان الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات او باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها باجزاء ذهبية فالتحويل في الاول اظهر فهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الصحيح وكرامات الاولياء فكان البر متصورا فينعقد اليمين موجبة للخلفية وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال عادة الحيوة فيه فيثبت معه احتمال ان يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فحاصله انه الحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا متفهما والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الكلام لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعها شرع في الكلام اذ لا بد من وقوعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرهما لتقدم الاعم على الخصوصيات قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه لقرب مكانه منه الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله اي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فادير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سالما سمع ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها فناداه او ايقظه وفي بعضها فناداه وايقظه قال وعليه اختاره مشايخنا لانه اذا لم يتنبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا من ان يميز حروفه ومثل ذلك يكون لاغيا لا مكلما معه او صار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح ان يقال كلمه اذ لو كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال صحيح في الميت كذلك لولا الموت سمع لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحي لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بندائه وكلامه لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو امان قال السرخسي هذا يبين ان الصحيح في مسئلة الايمان انه يحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بان الامان يحتاط في اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ما ذكره في باب التيمم من ان المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا علم به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاشتباه وللمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لا يعلم به لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس واضيف الى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ وفي الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او اخرجي او قومي او شتمها او زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام

وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يرفع صوته مثلا لمختاره لانه اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

الاول فلا يكون مرادا باليمين الا ان اريد به كلاما مستانفا وهو وجه لاصحاب الشافعي وبه قال الشافعي في الاظهر واحمد ومالك يحنث وفي المنتقى لو قال فاذهبي او اذهبي لا تطلق ولو قال اذهبي طلقت لانه منقطع من اليمين واما في نوادر ابن سماعة من محمد لا اكلمك اليوم او غدا حنث لانه كلمة اليوم بقوله او غدا ولا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا اراد ان يحلف على احد الامرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لآخر ان ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأتك بكلام وقالت هي له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئ كلمها ولا تحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا ان لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمهما الله قضاء ايضا اما لو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلوة فان كان اماما قيل ان كان المحلوف عليه من يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة في الصلوة فلا يحنث بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بها لانها في الصلوة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث فيهما وهو الصحيح والاصح ما في الشافي انه يحنث الا ان ينوي غيره وفي شرح القدوري فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدي من الصلوة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من حنث وقال ابو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كي تو حنث وبه اخذ وهو المختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك او لبي حنث ولو كلمه الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو اراد ان يامره بشيء فقال وقد مر المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه لم يحنث قاله في الذخيرة ولو حلف لا يكلم فناول امرأته شيئا وقال ها حنث ولو جاءه كافر يريد الاسلام فبين صفة الاسلام بسمع منه ولا يوجه اليه لم يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف للمحلوف عليه لسهو او فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث خارج الصلوة يحنث لو كتب اليه كتابا او ارسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك واحمد ويشكل على هذا قوله تعالى وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا الى قوله تعالى او يرسل رسولا اجيب عنه بان مبنى الايمان على العرف واعلم ان الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة ايضا فان نوى في ذلك كله اي في الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحنث الا ان يشافهه كذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا البشره فكتب اليه يحنث ونحو قوله ان اخبرتني ان فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة كذا في المنتقى وكذا البشارة ومثله ان كتبت الي ان فلانا قدم فكتب قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه او بعده بخلاف ان كتبت الي بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع وذكر هشام عن محمد سألني هارون الرشيد عمن حلف ان لا يكتب الى فلان فامر ان يكتب اليه بايماء او اشارة هل يحنث فقلت نعم يا امير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسي وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يامر به ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند ابي يوسف رحمه الله ويحنث عند محمد لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا ان ينوي كلا منهما فيحنث

ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام او من الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر قال وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقى الذى يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرء القرآن فى صلوته لا يحنث وان قرء فى غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى رحمه الله لانه كلام حقيقة ولنا انه فى الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس وقيل فى عرفنا لا يحنث فى غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

بكلام احدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه فى بعض المواضع قوله ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان اى بالاشتقاق الكبير او من الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع قال المصنف وقال ابو يوسف لا يحنث وهذه رواية عنه كما ذكره الاقطع فى شرحه حيث قال ظاهر قولهم انه لا يحنث وعن ابى يوسف يحنث ووجه هذه الرواية عنه ان الاذن هو الاطلاق فانه لا يتم بالاذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضى فلان فرضى ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث اجاب المصنف بان الرضا من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضى ظاهرا لكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق الا بجهر والرضا انما لو تحقق به من انه ذكر فى التتمة والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا فيه بانه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ماذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما فى الشامل فى قسم المبسوط اذن لعبده فلم يعلم به احد من الناس فتصرف العبد ثم علم باذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه ان الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعنى ما تقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ

قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو اى ابتداء الشهر من حين حلف لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف موجب ترك الكلام من الآن ونظيره اذا اجره شهرا لان العقود تعاد لدفع الحاجة القائمة فى الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون واما الاجل فى قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف فى انه لبيان ابتداء المدة او لابتهائها فعن ابى يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر وكذا آجال الديون فجعلها لبيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو احسن لان الاجل فى مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لاصومن شهرا فانه نكرة فى الاثبات وانما يوجب شهرا شائعا بعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال واما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تابد فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقى الذى يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره انه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره من وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلى الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو اطلق تابد لانه نكرة فى النفى يعنى مصدر ذلك الفعل فاذا اخرج ما وراء المدة بقى الشهر متصلا بالايجاب ولا يخفى ان ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالة على النفى ولو فرض له دلالة على نفى الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلى شهرا ابتداؤه من الحال فلذا اجمل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا انك علمت من تقريرنا ان لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التابيد والاخراج واما ما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره التمرتاشى من قوله ان تركت الصوم شهرا او الكلام شهرا تناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه فكذا ان لم اساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا فى عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف ويجوز حمل اللفظ على ما لم ينو شهرا فكان فى مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا قوله ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن فى الصلوة لا يحنث وان قرأ فى غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اذا فعله فى الصلوة لم يحنث وخارجها يحنث هذا جواب الاستحسان وفى القياس يحنث فيهما

ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رح انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

وهو قول الشافعي رح لانه اي القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا يتكلم في الصلوة متفق عليه واما الحديث الذي ذكره المص من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس فلا يستلزم نفي الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر للمذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف المتاخر لا يسمي التسبيح والقرآن ايضا وما معه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشائخ انه لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلوة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فانت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لله لا اله الا الله الله اكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستيناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد وقد يرجع بان الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد تقييدا صلا واما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه قوله ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا او نهارا حنث ثم قال المص في وجه لان اسم اليوم اذا اقترن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا او نهارا والكلام لا يمتد تكميل في وجه لانه عرض لا يقبل الامتداد الا بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند التوهم صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الاول ليس مثلا وقيل الكلام متنوع الى خبر واستخبار وامر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على ان اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة معنى كيف ما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول اولا وبه يندفع القولان وكذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال لطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قولك امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما اضيف اليه الظرف وعدمه يجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي بخلاف ما اضيف اليه لانه ليس مقصودا الا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاولى واستشكل بما لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود مع التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المص وجوابه ان المراد باليوم قبله النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفي عند ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي رح وهو كقوله ثلاثة ايام وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في انت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلاثة ايام ولو قال كل يوم تطلق واحدة فلا يتحقق التجديد لو اريد باليوم مطلق الوقت قوله وان عنى النهار خاصة اي بلفظ اليوم دين اي صدق في القضاء لانه مستعمل فيه لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضي وان كان فيه تخفيف على نفسه اذ هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف

ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت

ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلم قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين

المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء قوله ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم واورد عليه قول القائل ـ وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ＊ ليالي لاقينا جذاما وحميرا ＊ فلما قرعنا النبع بالنبع بعضه ＊ ببعض ابت عيدانه ان تكسرا ＊ سقيناهم كاسا سقونا بمثلها ＊ ولكنهم كانوا على الموت اصبرا ＊ والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم يكن ليلا اجاب شمس الائمة بان المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر احد العددين ينتظم بازائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي ينتظم النهر التي بازائها كما ان ذكر الايام ينتظم الليالي التي بازائها قال تعالى ان لا تكلم الناس ثلثة ايام وفي آية اخرى ثلث ليال والقصة واحدة ولم يرد الكلام الا في المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب ونظر فيه بعضهم بانه يقتضي ان الشاعر قصد ان الملاقاة كانت مستوعبة الليالي تبعها ايام بقدرها والمتعارف في مثل هذا الكلام انه انما يقصد الوقت الجمع بين الايام والليالي ليس من الشئ لان الواقع قد يكون ان الحرب وقعت بينهم ليلا ما لياليهم هذا كثير الوقوع فاراد ان يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده والاوجه لذلك في خصوص ذلك قوله ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية اي ان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا ان فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالقلب فقوله ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا اكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق فاذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فتبقى اليمين ما بقي عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وتنتهي بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما ان حتى غاية فظاهر واما ان الا ان غاية فلان به ينتهي منع الكلام فشابهت الغاية اذا كانت الغاية منتهية فاطلق عليها اسمها وشمله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى ان تقطع قلوبهم اي الى موتهم وقيل هي استثناء على ما لها فيه شئ وهو ان تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات او من الاحوال على معنى امرأته طالق في جميع الاوقات والاحوال الا وقت قدوم فلان او اذنه والاحال قدومه او اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من ان يقدم وان ياذن فان التقدير الا ان ياذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضي انه لو كلمه بعد القدوم او الاذن حنث لانه لم يخرج من اوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم اورد ان الا ان شرط لا غاية لانها شرط في قول امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد واجيب بانها انما تكون للغاية فيما يحتمل التاقيت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه الشرط انتهى وهذا يؤيد ما تقدم من ان الكلام مما يمتد لانه شرط هنا بطلان ما ذكر المصنف ولما كان مظنة ان يعترض بان الشرط وهو الا ان يقدم مثبت والمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجه شارح آخر فقال واما حمل على ان لم يقدم في مسئلة الطلاق لا على ان قدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على لو قدم وتحقيقه ان معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمرا الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على لو قوع قبله والتحقيق في ذلك ان الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم ما امكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الحكم فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل انت طالق ان لم يقدم فلان فلا يقع الطلاق الا ان يموت فلان قبل ان يقدم او ياذن لانه مطلق فقولهم ان لم يملك فانت طالق قال تاج الشريعة وما امكن المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار الى ذلك المجاز يعني الشرط

وإن مات فلان سقطت اليمين خلافاً لأبي يوسف رحمه الله لأن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية يتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان إما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في إضافة الملك بالاتفاق وفي إضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لأن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الإشارة ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد أيضاً وهو قول زفر رحمه الله وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها لكونها قاطعة للشركة بخلاف الإضافة فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادى لذاته ...

لأن في هذا إجراء المجاز في مجرد الاستغناء وفي ذلك إجراؤه في استغناء القدوم لأنا نجعل استغناء القدوم مجازاً عن اشتراط مدة ... فإجراء المجاز في الجزء أولى منه في المجموع **قوله** وإن مات فلان سقطت اليمين خلافاً لأبي يوسف لأن الممنوع منه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ولم يبق الإذن والقدوم بعد موت من إليه الإذن والقدوم متصور الوجود فلم يبق البر متصور الوجود وبقاء تصوره لبقاء اليمين المؤقتة عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد على ما مر وهذه اليمين مؤقتة بوقت الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من البر إذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند أبي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فأي وقت كلمه فيه يحنث فإن قيل لا نسلم عدم تصور البر بموته لأنه سبحانه قادر على إعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن فالجواب أن الحيوة المعتادة غير الحيوة المحلوف على إذنه فيها وقدومه وهي الحيوة القائمة حالة الحلف لأن تلك عرض تلاشى لا يمكن إعادتها بعينها وإن أعيدت الروح فإن الحيوة غير الروح لأنه أمر لازم للروح فيما له روح **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً له بعينه إنما أراد من ينتسب إليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ اعلم أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الإضافة في الكل معرفة للعين ما عقد اليمين على هجره سواء كانت إضافة ملك كعبده وداره ودابته أو إضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالإضافة مطلقاً تفيد النسبة فهي أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل إضافة النسبة تقابل إضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لأنه لا تقابل بين الأعم والأخص إلا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محل الجعل المذكور للمصنف وإذا كانت هذه الإضافة مطلقاً للتعريف فبعد ذلك إما أن يقترن به لفظ الإشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أو لا فعلى تقدير عدم الإشارة الظاهر أن الداعي في اليمين كراهته في المضاف إليه وإلا لعرفه باسمه العلم ثم أعقبه بالإضافة إن عرض اشتراك مثلاً لا أكلم راشداً عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك فلما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار إليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف إليه وإن احتمل أن يهجر بعضها لذاته أيضاً كالزوجة والصديق فلا يصار إليه بالاحتمال ... اليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل وإن كان موجوداً وقت اليمين ودامت الإضافة إلى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بأن باع وطلق ثم استرد ولم يكن وقت اليمين فاشترى عبداً فكلمه حنث وكذا لو لم يكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي أن يحنث في قول أبي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي هي جهة الإضافة بأن باع العبد ... وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا إذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا إن اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل ... وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الإضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي إضافة النسبة على القائمة ... زوجته وعادى صديقاً واستحدث زوجة وصديقاً فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروك حنث وبهذا نقل المصنف ... من أنهما يجعلان الهجر لأنفسهما لا لغيرهما فكانت الإضافة مجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها وجوداً وقت ...

قال وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي للمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه

اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فبالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سنذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم ايضا من ان الظاهر ان الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه واقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا ان ما ذكره بالنهاية وغيرها من قول الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعي للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعي وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر لها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك الحامل على اليمين يعني في المالك الملك لان هذه الاشياء لا تعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى واجيب بان ابن سماعة ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفة ترجيحا بهذا ووجه الظاهر العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار فالظاهر انه ان كان منه اذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى ان اعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله اصلا لهذه المسائل ليس بصالح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه او انه الاصل لصاحب المذهب وروى ابن هشام اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا او دابته هذه او امرأته او صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلم ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر ولزم اعتبارها وسقوط الآخر فاذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتباره فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادي لنفسه كما يعادي لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم في اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادي لنفسه لانه حر متعين اذ لا يعادي المملوك لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة اخرى لكن الواقع ان لها فائدة وهي افادة ان الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لغيظه منه فيعتبر كل منهما لفائدته وقد رجح ابن العز قول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة فقد يقصد بالهجران والحالف لو اراد هجرانه لاجل سيده ولم يحتج الى الاشارة فلما اشار اليه بقوله هذا علم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وما ذكر من ان لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر قد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها ايضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر وجوابه ان الاشارة كما تفيد قوة التعريف يحصل بها التشخيص ايضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان ...

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل قال** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

الاضافة تقييدا ان سبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث في الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين فقراء الفقر ولم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم يكن له نية اما لو نوى ان لا يدخلها ما دامت لفلان اولا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الاول وروي شذوذا عن ابي يوسف في دار فلان هذه انه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشيء وعنه ايضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما تباع واول ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بالقائمة في ملكه وقت الحلف أجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين تتقيد في الكل القائم في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد منه من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفي قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان لتقييد اليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لا اتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي ان ينعقد على الموجودة حال الحلف لا جرم ان في التفاريق عن ابي يوسف ان تزوجت بنت فلان او امته انه على الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اي الى صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان ابدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف **قوله** ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان الحكم معلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو ولا تتقيد تشبيبه فاورد عليه انه تقدم لو حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع ان الصفة في الحاضر لغو فاجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعني ان الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فيتقيد به بخلاف الشبيبة هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلث مواضع في اللغة والشرع والعرف اما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما الى تسع عشرة وشاب الى اربع وثلثين ومن اربع وثلثين كهلا الى احد وخمسين ومن احد وخمسين شيخ الى آخر عمره واما الشرع فالغلام من لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن ابي يوسف ان من ثلاث وثلثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال الفقيه وروي قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلثين الى مائة سنة واكثر والشيخ من اربعين الى مائة وهذا روايات اخرى وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء **فصل** في يمين من حلف لا يكلم حينا او زمانا لما كان فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل **قوله** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر في النفي كلا كلمة اليمين لو حينا والاثبات نحو لاصومن حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدار صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان اللفظ المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك ففي القليل قول نابغة الذبياني في

وكذلك الدهر عندهما وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وابو حنيفة رح توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال

ـــ بيت كاني ساد ريخ فيلة مهن الرقش في انيابها السم ناقع تناذرها الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع يريد ان السم تارة يخف المه وتارة يشتد بوا اما في الكثير فالمفسرون في هل اتى على الانسان حين من الدهر انه اربعون سنة واما في المتوسط فقوله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة اشهر عن ابن عباس لان من حين يخرج الطلع الى ان يصير رطبا ستة اشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة اشهر ولان التيسير لا يقصد بالحلف والا لم يحلف لتحقق الامتناع عادة بلا يمين والمديد وهو اربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فمريده خارج عن العادة اذا لم يسمع من يقول لا اكلمه اربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين وما معه تأبد فالظاهر انه لم يرد اقل ما يطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعي يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت انه لم يقصد والا ترك ذكره وتحصيل الخلاف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا انه ثبت استعماله لستة اشهر والاربعين سنة والاقل ما ينطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو اخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان لم يكن مثله في خصوص المدة فينصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه انه للابد كالدهر والعمر وكذا صح الاستثناء منه فلو قال لا اكلمه الزمان الا سنة صح وجهدية الستة اشهر انما يثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان اريد في الوضع فمسلم ولا يفيد لان المقصد ان يحمل اللفظ عند عدم المعين بخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وان اريد في الاستعمال فيحتاج الى تثبيت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة اشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا او زمانا كان له ان يعين اي ستة اشهر شاء وتقدم الفرق

قوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد يعني المنكر ينصرف الى ستة اشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترز عما ذكر الشيخ ابو المعين من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح ان المعرف بالاتفاق يصرف الى الابد وانما توقف في المنكر لان استعمالاته لم تثبت على الانحصار الثلاثة المديد والقصير والوسيط فلم يدر بماذا يقدر وتقديره بالمتيقن وهو اقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل انه جار في الحديث ان الله هو الدهر يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا اكلمه الدهر احتمال ان اليمين مؤبدة والمعنى والله لا اكلمه والله فانك علمت ان حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل انه اراد الظرف وهو الاوجه قول الشاعر ـــ هل الدهر الا ليلة ونهارها ٭ والا طلوع الشمس ثم غيارها ٭ فالنكرة وان كانت في الاثبات ففي العموم اي كل طلوع وكل غروب لكن وعرف انها تستعمل في الاثبات العموم بقرينة مثل علمت نفس ما احضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف ايضا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره لنفسه رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم من قال لا ادري لما لم يدره فقد اقتدى في الفقه بالنعمان . في الدهر والخنثى كذلك جوابه ومحل اطفال ووقت ختان والمراد بالاطفال اطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز **فرع** اذا قال لا اكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا او عمرة قال في بعضه على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اقل او اكثر **قوله** ولو حلف لا يكلمه اياما

فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها

فهو على ثلثة ايام ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها اوفى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع اصح ووجه المص بقوله لانه جمع اسم جمع معنى المفرد لا يدرى ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث كما يتناول اكثر منه لكن لا معنى للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشترى عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة واورد ان حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف ابي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدرى معنى المفرد لا يدرى معنى الجمع وهذا ليس بشئ اذ قوله الدهور الثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفى ان يراد به الله سبحانه لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في الليل مثله في اليوم

قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثني عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر او هي للعهد ايضا فيها فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المص لانه لا معهود دونه اى دون العمر وحاصله انه استغراق سني العمر ووجهه وله انه جمع معرف باللام فينصرف الى اقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد وقبله فانه يقال ثلثة ايام فيكون لفظ ايام مرادا بها الثلاثة بيقين وكذا اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا امما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع وان اريد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه لوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث ينصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود ممن استعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد ونحو تلك الايام هنا ولهذا بين الناس حيث اريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر ان يراد باللام ذلك لكن المقدر انه حيث امكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف لم يرد شيئا بعينه

وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى الثلاثة لان المعهود دونه

قالوا يجب ان ينصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر تقصي المعدود وان كان ما دونه معدودا ايضا لانه لا شك عهد استعماله مميزا في العشرة عهدا فيما دونها
لاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذي يحكم به عند عدم العهد انما يثبت لان دخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من
المراتب حتى ينصرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهذا ايضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي
اولها ثلاثة واقصاها عشرة ولا معين كانت الاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما اورده ابن العز من قوله وهذا اي كون اقصى ما يراد به العشرة
انما يكون عند ذكر العدد واما لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى
وتلك الايام وان عدة الشهور قال وليس في قول الحالف لا اكلمه الشهور اسم العدد فلا يصح ان يقال
انه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الايام وانما قلنا انه اندفع لانك علمت ان القصد بتعيين ما عهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستغراق
ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شيء بعينه وكون لفظ اريد به غيرها عهد مستمر اكثر ا لا يوجب نفي احدية
في غيره واما مشاحته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد
ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشيء في جميع الاحوال كان ثبوت ما هو اسم له في حال دون حال
ليست للشيء فانه دفع كلامه هذا بقوله كانه لم يبلغ الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال العشرة وما دونها حقيقة
في حالين ولما فوقها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض اسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما في رهط ونفر ونحوهما
ولم يعلم ان الاضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع اهل الفنون
اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام الخبازي ان الجمع في العشرة فما دونها اثبت منه فيما زاد عليه لان
الاول يراد به في حالتين والثاني في حالة فقط فكان الحمل على ما هو له في الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ما ذكرناه
في سبب هذا التقرير شرح له والله الموفق نعم لقائل ان يرجح قولهما في الايام والشهور بان عهدهما اعهد وذلك لان عهدية
العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة اعني الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض في خصوص مادة من الجموع كالايام
عهدية غيره كان اعتبار هذا العهد اولى وقد عهد في الايام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما
اولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد في مادتها عدد آخر فينصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها
فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة والمسماة بيوم السبت ويوم الاحد الخ والكلام في لفظ ايام اذا اطلق هل عهد
منه تلك الازمنة الخاصة للسبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال اولم يثبت كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور ويراد يوم السبت والاحد الى الجمعة
والمحرم وصفر الى آخرها على الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة ... المرادات للمتكلمين
فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد في لفظ النكرة بل اعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ او لا عنه فانه
اذا صار المعنى معهودا باي طريق فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكري وعلمي ودل كلام
بعضهم انه هما في الغار فان ذات الغار هي المعهود لا من لفظ سبق ذكره بل من وجوده وعلى هذا نص جمهور طائفة من المتأخرين بالعهد الخارجي

ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

اعم مما تقدم ذكره او عهد بغيره كما ذكرنا ونظيره قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيتقيد بها العهد بها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالله قوله ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام على اليقين على ما تقدم قالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد يقال قدم في قضاء الفوائت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان تنظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا ان لا يحنث الا بثمانية ايام وانما لم ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في الستة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة ان لا نية للقائل في مقدار الكثير ففرع كل على اصله ثم قال ابو اليسر اما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف الى ايام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اكر خدمت كني مرا روزها بسيار تو آزاد اذا خدم سبعة ايام يعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال ابو حنيفة في انتهاء الايام الى العشرة وهذا حسن والله اعلم فروع قال اول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي فيها ويومها وان نوى الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ عليه ولو قال اول الشهر ولا نية فله من اليوم الاول الى خامس عشره وان قال آخر الشهر فمن سادس عشره الى آخره وغرة الشهر الليلة الاولى واليوم الاولى في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة او سلخ الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلوة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس من حين تبدو الى ان تبيض وان قال وقت الضحوة فمن حين تبيض الى ان تزول ففي اي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم ان المساء مساآن لو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد رح ان كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال ابو الليث قال محمد رح ليس عندنا شيء في معرفة الصيف والشتاء انما ترجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك فيعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات المختار انه اذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغني الناس فيه عنهما والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى اول الصيف والخريف من آخر الصيف الى اول الشتاء لان هذا اليسر للناس وقيل اذا كان على الاشجار اوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج اراد وقت وقوعه فعلى ذلك فهو الشهر الذي يقال له بالفارسية آذر فان لم يكن له نية او نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر ما يطير الى الهوى وما لا يستبين على وجه الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلده حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تابدت اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين لو نوى ليلة القدر وان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من رمضان وبه اخذ الفقيه ابو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا وان كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث عنده

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد له فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

حتى يجيء مثله من رمضان القابل وعند ابي حنيفة رح حتى بمعنى كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على انها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتاخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتاخر لكن لا تعرف

باب اليمين في العتق والطلاق لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعدما تقدم قدمه على ما بعده **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امته لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى انقضى به العدة ويصير نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلوة عليها وتصير به الامة ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيدة عنه عم انه قال في السقط يظل محبنطئا في باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ اي ينتفخ بطنه من الاستلاء من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستبطي للشيء والفعل منها احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ومن هذا يؤخذ ان السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت ايضا لانه ولد حتى صارت الامة به ام ولد ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه انفا لكن ليس محلا للعتق فتنحل اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت فانت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رح ان الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون الا في الحي فتقيد الموصوف بالشرط بالحيوة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به واورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره ثم عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بالعبد لنفسه واجيب بان المشتري لغيره محل الاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه واما الميت فلا يصح ايجاب العتق به لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت فانت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت فلم تقع بعده ولم يضمر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد دخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره

واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين معا ثم اخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رح حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف فاما الاتصاف بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه

قوله واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام المتفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فيه ولو كان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة فتقييد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد ان الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال اول عبد املكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه اول بهذا المعنى فانه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث اولا بهذا المعنى ويلزم على هذا انه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فيكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل ان يكون حالا من العبد وان يكون حالا من المالك اي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك واليه اشار شمس الائمة وقاضي خان قوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ان لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق ولم يعتق وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه ولا لم يعتق المشتري في قوله اول عبد اشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا في قوله آخر عبد اشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال ابو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه في الصحة والا عتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة او المرض وجه قولهما ان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده الى الموت فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك آخر فانت حر ولو كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه ثابتا ولابي حنيفة رح ان الموت معرف للشرط فليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالآخرية وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء الا ان هذه الصفة بعرضية الزوال بان يشتري بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخرا من وقت الشراء فتبين انه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت فانت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يستمر ثلاثة ايام فاذا استمر ظهر انها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر ان ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره وان العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم شراء آخر بل آخرا يتحقق ظهوره الا به فلا يقع عنده مقتصرا الا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم اخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده وفائدته تاتي في هذا الخلاف تظهر في حرمان الارث وعدمه فعنده لا ترث لانه تبين انه طلقها في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند ابي يوسف عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول ولا يعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم اتزوج عليك فانه اذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج الى الموت فيتحقق الشرط وليس مثل الاول لان مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط لانه اذا لم يتم اجزاء الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرية فانها تتم بذلك الشراء الى آخر ما ذكرنا ولو قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم اخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم مات لم تطلق هي التي تزوجها مرة لان التي عاد عليها

ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه

اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد اضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم اعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه

قوله ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين اي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف واما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا او ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب اليم ولكن اذا وقع بها مكروه قرن بذكر به الوعيد كما في الآية المذكورة فلو ادعى انه في اللغة ايضا خاص بالمحبوب ما ورد في المكروه فمجاز دفع بما ذكر اشتقاقه وهي البشرة فانها تفيد ان لذلك الخبر اثرا في البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته في الشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا ان على العرف بناء الايمان فان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى فبشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة فحقيقته تتحقق بالاولية من فرد او اكثر واصله ما روي انه عليه السلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عليه السلام من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأه بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة فسبق ابو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول بشرني ابو بكر واخبرني عمر ولو كان مكان البشارة اخبار بان قال اخبرني فالباقي بحاله عتق الكل ثم ان عدى بالباء بان قال ان اخبرتني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعني بنفس الفرد لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء على ان تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان اخبرتني ان فلانا قدم عتق كل من اخبره صدقا او كذبا وقد اورد على اشتراط الصدق في البشارة ان تغير البشرة كما يحصل بالاخبار بالبشارة صدقا كذلك يحصل كذبا واجيب بما ليس بفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية تشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر جزء اليمين فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك والفرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها فهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله انت حر السابق فانه العلة اما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متاخر وانما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده اذا اشتريته فهو حر من كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم اشتراه يريد عن كفارتي وقد اورد عليه ان الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي ان يقع عنها لقران النية بالعلة والجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية ان يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبر الشرع الاهلية عنده اتفاقا ولو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر اصلا فكذا يجب ان تعتبر النية عنده

قوله وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد وهو قول ابو حنيفة اولا لان العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لانها التي ظهرت اثرها في وجوب الصلة كالنفقة وهي المؤثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء او غيره كالهبة والارث واما ان يكون الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا ان شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة

ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتريها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمين حيث يجزيه منها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسريها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا

عنه عم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا للاجماع على انه لا يحتاج الى اثبات عتقه على اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من ان المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه فالترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سهى فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا في قول وجه زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمة وذلك ان في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطعية الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير ان الشراء علة العلة اى علة جزء العلة اى ولما كان الشراء اختياريا اضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملكه الاسباب غيره بالارث فانه يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متاخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند القبول ان يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب بما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما المنافات التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ وقولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك وملك القريب علة العتق فالاعتاق اليه اضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء اولا وبالذات وكان الاليق بهذه المسئلة ذكرها بعد فصل الكفارة **قوله** ولو اشترى ام ولده لم يجزه عن الكفارة وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة ان يكون تزوج امة لغيره فاولدها بالنكاح ثم يقول لها اذا اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط وهو الشراء ولا تجزيه عن الكفارة وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء ام الولد والا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزي معلقا ولا منجزا والفرق بين الشرائين مع ان الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهو القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال عم اعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه ولم يكن عتقها بالشراء او تنجيز اعتاقها من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء عتق من وجه بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة اعلم ان التسري هنا تفعل من السرية وهو اتخاذها سرية والسرية ان كانت من السرور فلانها تسر بهذه الحالة وتسر مولاها من السر والسيارة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى على الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قال دهري بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسري قيل التسري بابدال الياء الفا كما قيل تظنى وان اعتبر التسرر قيل تسرر وكان القياس ان لا يقال الا التسري في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرور والسر فاستعمل بزنتين بابدال الياء راء وخصت لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة لا نجده

ولنا ان الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر به فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثاً فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثاً فهذه وزان مسئلتنا

في كتاب الله تعالى الا النكاح والاستسرار والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفاً بعد الف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد ان يحصن امته ويعدها للجماع افضى اليها بمائه او عزل عنها وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رحمه الله ان لا يعزل مائه مع ذلك فعرف انه لو وطى امة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور او ما يرجع الى السيادة او فيه ذلك لا تقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف [illegible] تحصينها لطلب الولد [illegible] في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذا عرف هذا فاعلم انه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطيها حنث ذكره القدوري في التجريد عن ابي حنيفة ومحمد رحمه الله ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبداً ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا يعتق عندنا ولا عند احد من الائمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد رحمه الله وقال زفر يعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال ان ملكت امة فتسريتها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكوراً حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد ولنا انه لو تحققت المشترات لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه الثاني باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس بنفس الملك ولا سببه بل قد يتحقق بعده وقد لا يتحقق فان حقيقته ليس الا اعداداً له وحصنها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقاً على ابتداء التحصين والاعداد او مقارناً وهذا القدر لا يستلزم احضاره عند التكلم اصلاً فضلاً عن حضوره ثم تقديره مراداً لانه ليس لازماً بيناً له لولا اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها لتعقل ما هو ملزومها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت امة فتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط الملك غير ان الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء شرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسري بها لاحتياجه على امر زائد على مجرد الشرط شرعاً وهو كونه نفس الملك او سببه ولهذا اثبت الملك ههنا لضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقاً بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثاً ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الآخرين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد ان تزوج بها لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتعليق المعلق قبل التزويج كونه معلقاً بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبر اللفظ وان لم يكن مدلولاً التزامياً لتصحيح الجزاء فيما اذا علم ان غرض اليمين المحل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر ابو حنيفة رحمه الله لفظاً حيا

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدًا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا

في قوله ان لم تلدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء العلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها وفيما ليس كذلك بل لتعين ان الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسري من هذا القبيل وقد يستشكل هنا فقيل ان زفر لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله اعتق عبدك عني بالف انه يعتق عن المامور فكيف خالف هذا وحكم باعتباره وتقديره واجيب بانه لا يلزمنا اصلاحه له فان مناقضته لا تضرنا ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسري واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة اصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير انه لا يفتقر الى اهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت. فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى دلالة الالتزام وان لم يرضه هذا والتحقيق ان ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطا او شرعا مثل اعتق عبدك عني وقول القائل تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج في تصحيحه الى التقدير ازالة للخطا وتصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه في ان اكلت بل الحق انه في اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة قوله ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اي اضافة الملك الكامل في هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون فدخل الاماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص لوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم الا اللفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو الذكر وانما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعني اذا عمم مملوكه بادخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين والواو في فعلوا على انه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم انو المدبرين ففي رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق ديانة ولا قضاء قوله ولا يعتق مكاتبوه يعني بقوله كل مملوك لي حر وكذا معتق البعض عند ابي حنيفة رح لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر فاختلفت اضافة الملك اليهم فلا بد من ان ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرقوق لي حر ان يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق ام الولد الا بالنية قوله ومن قال لنسوة هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاحد المذكورين وقد ادخلها بين اوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة منها والعطف يشرك في حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف في التعيين فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده

هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير ويتخير في الاولين لما بينا ومثله لو قال لفلان علي الف او لفلان وفلان كان له نصف الالف وللثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الاولين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه او هذه يصح على هذه الثانية وح لا يلزم الطلاق في الثالثة لان الترديد ح بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان كذلك والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كان الايمان على هذه التصرفات اكثر منها على الصلوة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل ان كل باب عقده فوقوعه اقل مما قبله واكثر مما بعده. واعلم ان الاصل عندنا ان كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر يستغني الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستاجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستناب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول ادعى لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر اصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شيء من هذه بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعل نفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به او لا يطلق او لا يعتق بمال او بلا مال او لا يكاتب او لا يهب او لا يتصدق او لا يوصي او لا يستقرض او لا يصالح عن دم العمد او لا يودع او لا يقبل الوديعة او لا يعير او لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار **قوله** ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد من العاقد لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن او المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والاجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة في هذه هو الحالف لا يبيع الخ يحنث في يمينه لصدق انه باع واشترى واستاجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي في الاظهر وعند مالك واحمد يحنث لان بالامر يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق راسه فامر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاصلي بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك ويفعله وقوله الا ان ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعني فاذا نوى البيع بنفسه او وكيله يحنث ببيع الوكيل او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما باشر بنفسه عقد بعض المبايعات ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث ايضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه

ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى

ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا اولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

او ماموره ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل اخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لا يبني ولا يطين

انعقد كذلك **قوله** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه للشافعية واكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الآمر مجازا ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما يفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وانتم تابونه قلنا لم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كانه ناقل عبارته للموكل فانتقال العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به الا ترى انه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر او حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم احكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو اعم مما يلزم بمباشرته او مباشرة ماموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها وقال انت طالق باين حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند ابي يوسف لان الايلاء طلاق موجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندي لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يكون جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق يحنث لان عبارة الوكيل بنا منقولة اليه **قوله** ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره فلملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة الى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه وانزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا اما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به ولو قال عنيت ان لا الي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام شرعي يوجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل التكلم به لان المامور به كالرسول حاك لعبارة المرسل بلسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي من حيث انه متكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده اثر شرعي فالحالف على تركه حلف على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان يتحقق بمباشرته او بمباشرة المامور فنية احدهما خلاف الظاهر اما الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الامر لان الضرب يثبت مع اثره من الفاعل بلا اذن

ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التادب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الايتمار بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

فنسبة الفعل الى الآمر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى ان لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول اسبابا شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيها اثر نقلها الى الحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق ان الفرق ثابت ولكن تاثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق اثره بلا اذن والقول لا يتحقق اثره الشرعي الا باذن لا يحرم عنده بلزوم الفرق المذكور قوله ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد المضروب وهي التادب والتثقف اي التقوم وترك الاعوجاج في الدين والمروة والاخلاق فلم ينسب فعل المامور الى الآمر وان كان يرجع الى الاب ايضا لكن اصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل واما في عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامي لولده غدا اسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد ان يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه ان ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المامور

قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب الخ لا شك انه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد على جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص واما على جعلها فيهما للتعليل اي بعته لاجلك فهي ايضا تفيد الاختصاص على ما ذكر لكن الوجه الظاهر في الاستعمال انه اذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل من وجه افادتها الاختصاص من جهة انها تضيف متعلقها لمدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كاف المخاطب اي فيفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد انه لا يستفاد الملاق فعله الا من جهته وذلك يكون بامره واذا باع بامره كان بيعا اياه من اجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه البيع من اجله فاذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من اجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بامره ويلزم من هذا كون هذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو ان صغت لك خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه او بغير اذنه لان المحلوف عليه يوجد من امره وعدم امره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لان اللام هنا اقرب الى الاسم الذي هو الثوب منها الى الفعل والقرب من اسباب الترجيح فيوجب اضافتها الى الثوب الى دخولها على ما سبق مثله ما لو وليت فعلا لا تجري فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان اكلت لك طعاما او طعاما لك او شربت لك شرابا او شرابا لك او ضربت لك غلاما او غلاما لك او دخلت لك دارا او دارا لك فانه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب اي تنسب اليه واكل طعام يملكه سواء كان بامره او بعلمه او دونهما ثم ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والدلالة فكان كالاباق قال تع فبشروه بغلام عليم وقال قاضي خان المراد به العبد المعروف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك قوله ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والغرض ان الملك فيه قائم لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع فينزل الجزاء لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بان كان غصبا

وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا

ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على ان المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك الشرعي ثبوتا من المشروع الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن ان يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده ولم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وعلى هذا ان المعلول عقيب العلة كما هو راى المصنف وعرف بهذا وجه تقييد المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا لانه غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشترى بشرط الخيار واعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا وكذا هذا واورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول ابي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبده حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا يفيد الملك واجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليق السابق عتق من يشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عنده الخيار والحكم يتقدم يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغو واجيب لما امكن ان يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والا جاز ان تفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى اباه بشرط الخيار لا يعتق الا ان يمضي المدة عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك بالشراء اما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر تدبيرا مطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق لوقوع الياس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو علق طلاقها بعدم فعل ما ثم مات او مات العبد فانها تطلق لوقوع الياس واورد عليه منع وقوع الياس في العتق مطلقا بل في اعتاق العبد اما في الامة فجاز ان ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها الحالف فيبيعها وفي التدبير مطلقا لجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر واجيب بان

واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رح انها لا تطلق لانه اخرجه جواباً فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيداً وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشياً وان شاء ركب واهرق دماً وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا مأثور عن علي رض ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشياً فيلزمه ماشياً وان شاء ركب واهراق دماً وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف

من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح انها تطلق اذ ان ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يبتدأ لان يحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك واجيب ايضاً عن المدبر فان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذمياً او مسلماً ويجري اختلاف المشايخ فيه وبيعه

قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء وان قال لم يعن غيرها يصدق ديانة بينه وبين الله تعالى فتطلق في القضاء

وهي مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافاً وذكر عن ابي يوسف في شروح الجامع الصغير انها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جواباً فينطبق على السؤال فكانه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة لان غرضه ارضاؤها لا ايحاشها وجه ظاهر الرواية ان اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرضه ارضاؤها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما احل الله له فكان محتمل الكل من الامرين فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه ان يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدأ سواء عن الاول فروع قال لي اليك حاجة اتقضيها فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثاً له ان لا يصدق لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يأمره به نهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان مما يدل على قصد الى ذلك عند ابي حنيفة على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو اجازه بالقول قال امرأته طالق ثلاثاً ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كانا رأياني دخلت لم يعتق عبده لقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما ان اللذين رأياه دخل ادعت انها امرأته فحلف بطلاق زوجة اخرى له ما هي امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث حلف ماله على شيء فشهدا ان له عليه الفاً فقضى بها القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافاً لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند ابي يوسف خلافاً له بخلاف ما لو شهدا انه اقرضه الفاً والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة او اكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه يأخذ بالاكثر احتياطاً قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احد منهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احدهما خير في ايقاعه على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها ان يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان لا يصدقها

لانها صارت متنة قد حنثته حلف ان لا يجامع امرأته الف مرة فهي على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين فيما يعتبر وقت التكلم والله اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تقدم الا ان يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة

ولو قال على المشى الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شئ عليه وهذا عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح فى قوله على المشى الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت بالاتصال وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا

وكذا على المشى الى مكة او بكة بالباء فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما والتقييد بكونه فى الكعبة مذكور فى الجامع الصغير ليفيد ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ والا لغا لانه لا يلزم المشى الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع ان مدلول المشى ليس هو الحج او العمرة بل ولا يستلزمه لجواز ان يمشى الى البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء معصية واما بان يقصد مكانا فى الحل داخل المواقيت ليس غير فاذا وصل عليه صار حكمه حكم اهله وله بعد ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز ان يكون فى البيت ويوجب المشى اليه مرة اخرى فيلزمه اذا خرج ان يعود كما لو كان فى بيت تعالى والله لادخلن هذا البيت فان عليه ان يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم لذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز ان يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو ان الذهاب الى هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من القائل الالفاظ وهى ما لو انذر الذهاب الى مكة بمكان قال على الذهاب او لله على الذهاب الى مكة والسفر اليها او الركوب اليها او المسير او المضى انه لا يلزمه شئ مع امكان ان يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال على حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكره المص ان لا يجب بهذا شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهى المشى ولا مقصودة فى الاصل ولو قيل بل هى واجبة فان المكى اذا قدر على المشى يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلوة والمشى المذكور وكذا السعى الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر على المشى الا انه قد يعكر عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا ان يراد من جنس المشى الى مكة وان ورد ان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرطه الصوم ومن جنسه واجب توجيه ان ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء فى بعده وان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن فى صحة وجوب المتبرع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم فى حديث نذر عمر رض الاعتكاف فى الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لانهم والشافعى لا يصحح نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارف للايجاب صار كقوله على زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو اراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شئ وكذا لا يلزمه بقوله على المشى الى بيت المقدس او مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شئ واورد انه اذا كان كقوله على حجة او عمرة ينبغى ان لا يلزمه المشى لانه لو قال على الحج لا يلزمه والجواب ان الحق ان التقدير على حجة او عمرة ماشيا لان المشى لم يهدر اعتباره شرعا فانه روى عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر رض نذرت ان تمشى الى البيت فامرها النبى صلى الله عليه وسلم ان تركب وتهدى هديا رواه ابو داؤد وغيره وسنده حجة وما فى صحيح مسلم انه قال لتمش ولتركب فمحمول اما على ذكر بعض المروى وعلى هذا اقتصرنا فى كتاب الحج يعنى ان محل الاشكال جواز الركوب وان لو اهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بل ان فرق لزمه استينافه فاقتصر الراوى على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر او محمول على حالة

ومن قال عبده حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

الجهد فان في بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم البدنة من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفروعا جمة وان الراجح ان يلزمه يمشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني الخلاف فيما اذا لم يحرم منه هل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات اما لو احرم من بيته لزمه المشي منه بالاتفاق واعلم ان في بعض طرق حديث عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة ان ينذر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف رح ذكر هذا المذهب عن علي رضه والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رضه في الرجل يحلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدى بدنة رواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب واهدى جزورا واخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص من حيث اخت عقبة بن عامر فاسنده ابو يعلى في مسنده زهير حدثنا احمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشيا فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة فاما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاحد الذي لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد اسقاطه بعمرة فعليه ان يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في انه يلزم المشي في ذهابه الى الحل او لا يلزمه الا بعد رجوعه عنه محرما والوجه يقتضي انه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام فيحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمنا عن ابي حنيفة لو ان بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي ان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد ولو قال علي السفر الى بيت الله فقد علمت انه لا يلزمه شئ مع اخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الى مكة وكذا علي المشي الى استار الكعبة او باب الكعبة او ميزابها او اسطوانة البيت او الصفا والمروة والى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شئ واختلفوا فيما اذا قال لله علي المشي الى الحرام او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رحمه الله لا يلزمه شئ وقال صاحباه يلزمه احد النسكين والوجه في ذلك ان يحمل على انه تعورف بعد ابي حنيفة رح ايجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكر لهما مستقلا وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله علي المشي الى الكعبة لزمه فكذا الزم المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين المشي الى الحرم عينه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال عبدي حر ان لم احج العام وقال بعد انقضائه حججت واقام العبد شاهدين على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابو يوسف ولم يذكر قول ابو يوسف مع ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير قال صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه ابو الليث في مختصر الجامع الصغير

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب
ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقديره بالمدة

وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد وهو التضحية وكيف لا تقبل ومن ضرورته انتفاء الحج ذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعى وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تمييز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيرا ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا ونفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي تقبل في الشرط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه ونحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد رحمه الله اوجه

قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد بتمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار للشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا انزل ابراهيم عليه السلام ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه اذا قام وقرأ وركع وسجد حنث وان قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لا يدخل في الوجود تمام حقيقتها **قوله** ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل باتمام اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله علي صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال علي صلوة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر اثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال فقد اورد عليه

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني

ما لو قال الآمر من هذا اليوم وكان بعد ان اكل او بعد الزوال او قال لامرأته ان لم تصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم والكمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط ادائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا فلا يتصور بوجه واما ان المسئلتان انما يصلحان مبتدأتين لامورتين لان كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي اسماء الاجناس والا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلوة الشرعيين اما على قول ابي يوسف فظاهر انما ينعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم فهذا على الجائز لانه لتعظيم الله وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره اشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير قوله ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم يأت بها لا يسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه بركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لان بعد صوم ساعة تكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المص فان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلوة الماضية يراد بها الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسد ثم الكلام الا ان يراد بالفاسدة ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلوة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز انما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث ولا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا اصلي وبين لا اصلي صلوة حيث يحنث بركعة فقال وفي صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لكن في المفعول صلوة وهو ذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم يقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا ان المراد من الفاسدة هي التي لم توصف بها قط يعني بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك ايضا واورد ان من اركان الصلوة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب ان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا اولى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشائخ ولذلك

ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة

وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها

يتفرع على الخلاف بين ابو يوسف ومحمد في ذلك ومرت المسئلة في سجود السهو ولا حاجة ان لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق ان الاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وانما وجبت للختم فلا يعتبر ركنا في حق الحنث **قوله** ولو حلف لا يصلي صلوة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانها الصلوة المعتبرة شرعا صلوة ركعتين للنهي عن البتيراء نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما في المسئلة الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها تبيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف فقال بعض المتاخرين تبين بهذه ان المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن ابي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلى الركعة حقيقة دون مجرد الصلوة لا يتحقق الا بضم اخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلوة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه انعقدت يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلوة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلوة الصبح او ركعتي الفجر ينبغي ان لا يحنث حتى يقعد **فروع** حلف لا يؤم احدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت ان لا أؤم احدا صدق ديانة لا قضاء الا ان اشهد اني انما اصلي لنفسي وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى ان يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط الجماعة وقد وجدت وحنث قضاء لا ديانة وينبغي اذا ام في صلوة الجنازة ان يكون كالاول ان اشهد صدق فيها والا ففي الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلوة يريد في جماعة صحت نيته لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قاله يعني ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما اخرت صلوة عن وقتها وقد نام فاختلفوا بناء على ان وقت التذكير وقتها بالحديث فيصح او لا بل يقرره الى الوقت الاصلي

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك قدمه على الضرب والقتل لان اللبس اكثر وقوعا منه لا يفيد خصوص الملبوس او لان شرعيته اوسع من شرعية الضرب والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كثدي وثدي **قوله** ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك اي ثوبا من غزلك اي مغزولك فهو هدي فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن او كتان او كان فلم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه ففي مسئلة الكتاب فعند ابو حنيفة هو هدي فقالا ليس ان يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف اي وقت الحلف ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان كان نذر هدي شاة او بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه او بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها وجه قولهما ان النذر انما ينعقد فيما هو في الملك قال صلى الله عليه وسلم

لهما ان النذر انما يصح فى الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

لا نذر فيما لا يملك ابن آدم او مضافا الى سبب الملك مثل ان اشتريت كذا فهو هدى او فعلى ان اتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذى هو غزل المرأة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر فى المشترى من القطن اذا غزل وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج لان العادة ان يشترى القطن فى البيت وهى تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق بغزلها هو تعليق بسبب ملكه للثوب كانه قال ان لبست ثوبا ملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدى لا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان فى الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له ح لا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او فى حال الحلف ثم استوضح على ان غزلها سبب عادى لملكه المغزول بقوله ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق منع ان القطن غير مذكور وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك فى المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنده وكون الغزل فى العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه فلما وقع ثبت عنده ملك الزوج فى المغزول وبهذا فارق مسئلة التسرى حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسرى ليس اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسرى اثرا له بل هو متقدم عليه وبهذا بطل قول من رجح قول زفر فى مسئلة التسرى هذا والواجب فى ديارنا ان يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا للملك للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابى حنيفة رح فروع تتعلق باللبس حلف لا يلبس غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يده فى الكمين ورجلاه بعد فى اللحاف حنث حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ومن حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ولو اتزر او ارتدى حنث سوى القميص وغيره بخلاف ما البس قميصا لا يحنث اذا اتزر به او ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به او تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فاتزر به او تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء او قباء فلم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفى هذا القباء يحنث لان فى المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفى المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث فى المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفى نوادر فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن لبس الدثار بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فالقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل فادخل فلو انتبه فالقاه كما انتبه لا يحنث وان تركه بحيث علم انه الثوب المحلوف عليه او لا وكذا لو القى عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل او خفا فادخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالرق والذر والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث اما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه صلة فى كمه او دخريص او علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس خيطا منه او فيه سلكه منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند ابى يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلامه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان لا يعمل بيده لا يحنث والا حنث لا يلبس خزا او ابريسما لا يحنث الا بثوب كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس من القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه

من الحالة

ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فينقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا وان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

فلو حشي به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب ولا يلبس عين الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة او خفين او جوربين او ارسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان ينوي كسوته بيده ولو اعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث لنا ان اليمين بحلي عرفا ولا شرعا بدليل انه ابيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما ابيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف التي هي مبنى الايمان قال المشائخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لانه لبس النساء وانما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا او خلخالا او قلادة او قرطا او دملوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا **قوله** ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد او زمرد او ياقوت وبقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قولهما انه حلي حقيقة فانه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان وله انه لا يتحلى به في العادة وهو المراد بقوله عرفا الا مرصعا بذهب او فضة ومبنى الايمان على العرف لا على استعمال القرآن فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشائخ قياس قوله انه لا باس ان يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عرفهما تحلوا بالساذج ويفتى بقولهما لان العرف القائم الآن يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا **قوله** ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش معين فانه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث لو وضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه وفوقه قرام حنث لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملا اي الملاءة المجعولة خوف الطراحة واذا كان تبعا لم يتغير وصار نائما على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقها فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الاعلى لانه مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروي عن ابي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا للآخر وحاصله ان كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا فيه في الفراشين بل كله اصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يباشره الا الاعلى **قوله** ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض عرفا فاعتبر العرف كلا من البساط والارض والحصير اصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل الجالس على احدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض فيحنث فسروه انه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كانه جلس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية ولو حلف لا [illegible] سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير او فراش حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة

على السرير في العادة وكذلك هي على ما يفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه من انواع الفرش [illegible]
لانه اي الآخر انما على مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا في الصدق [illegible] باتفاق [illegible] على تلك الرواية
فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على [illegible]
وهكذا الحكم في هذا المكان وهذا السطح [illegible] لا يجلس على احدهما [illegible]
اذا حلف لا يجلس على احدهما انقطعت النسبة على الاسفل [illegible]
وهي على ذلك سطح آخر فصلى عليه لا يكره قال الشيخ ابو المعين [illegible]
عليها بنعل او خف حنث وان حلف [illegible] لم يحنث وان [illegible] على الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة قوله ومن قال ان ضربتك [illegible] فمتى اذا مات فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن او استعمال آلة التأديب في محل قابل للتأديب [illegible] لا يتحقق في الميت لانه لا يحس ولذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره توضع فيه الحيوة بقدر ما يحس الالم والبنية ليست بشرط عند اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحيوة في تلك الاجزاء التي لا ياخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه انما كان بناء على انكار عذاب القبر لكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد اورد على اخذ الايلام في تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه واجيب اولا بمنع عدم الالم في ضرب ايوب عليه السلام بالكلية وقد روي عن ابن عباس انه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بايوب ودفع بانه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره وفي الكشاف هذه الرخصة باقية والحق بان البر بضرب الضغث بلا الم اصلا خصوصية لزوجة ايوب عليه السلام ولا ينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة لا يحنث لكن بشرط ان يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قائمة او باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة بر ولو ضربه مائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه ولا يبر الا بان يتألم حتى ان من المشائخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضربه بها كون كل عود بحال لو ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشائخ [illegible] **فروع**
لاضربنك حتى اقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى اتركك لا حي ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول [illegible] يقع على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى ينشق نصفين فهو على ان تضرب به الارض [illegible] فقط وخلاف هذا ليس بصحيح حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث ليغمزنه [illegible] بنصل هذا السكين او بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه لم يحنث ولو قال ان لقيتك فلم اضربك فعبدي حر فرآه على سطح [illegible] بحيث لا يتصل اليه ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل او اكثر ولم يلقه حلف لا يضرب امرأته فذرته

وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا

امه ليعصي فاصاب ضربه المراة بغير قصد حنث لا اعذبه فحبسه لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق **قوله** وكذا الكسوة اذا حلف ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها وكذا لو قال كسوتك هذا كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتمليك ليصح التمليك وقال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان لا يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك الا ان ينوي به الستر استثناء من قوله فهو على الحياة التي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة وح يحنث لان الستر يتحقق في حق الميت كما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحيوة وذكر ضميره وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له في اللغة **قوله قال** وكذلك الكلام يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحيوة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع ولا يفهم واورد انه عليه السلام قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر أتكلم الموتى يا رسول الله فقال عليه السلام والذي نفسي بيده ما انتم باسمع من هؤلاء او منهم واجيب بانه غير ثابت يعني من جهة المعنى والا فهو في الصحيح وذلك بسبب ان عائشة ردته بقوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور فانك لا تسمع الموتى وبانه انما قال على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روي عن علي رضي الله عنه انه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين اما نساؤكم فنكحت واما اموالكم فقسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وبانه مخصوص باولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن يبقى انه روي عنه عليه السلام ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح قال والدخول يعني اذا حلف لا يدخل على فلان يتقيد بالحيوة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليس حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال عليه السلام كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها ولم يقل عن زيارة الموتى قال ولو قال ان غسلتك فعبدي حر انعقد على الحيوة والموت لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير فازالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحيوة وفي شرح الطحاوي الا الاصل ان كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه انتهى ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عليه السلام عثمان بن مظعون بعد ما ادرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة او التعظيم وقيل اذا انعقد على تقبيل ملتح يحنث او على امراة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغسل او لا يتوضأ او لا يحمله او لا يمسه او لا يلبسه فهو على الحيوة والموت **قوله** ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث وكذا لو رماها او قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي ان لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا واجيب بما علل به في الكتاب وهو ان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث واستشكل يمين الضرب بانها اما ان تعلق بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التاديب في محل قابل له فيجب ان لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض لانه لا يتعارف ضربا او بمعناه وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمي بالحجر او بها فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد وقد اجيب من ان شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا او عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه وان وجد شرط الحنث معنى لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده ان لا يبيع بعشرة او باقل بل باكثر ولو باعه باكثر لا يحنث ايضا لانه وان وجد شرط الحنث لفظا باعه باحد عشر فقد باعه بعشرة ايضا لكن

ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم

لم يوجد عرفا فلا يحنث غيره دافع لتقليل تأمل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب اما اذا فعل في الممازحة ولا يحنث فلو اوجعها لكن لا على قصد الايلام بل وقع لخطأ في الممازحة باليد وعن الفقيه ابي الليث انه قال هذا اذا كانت بالعربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية ايضا الا انه خلاف المذهب

قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحيوة بسبب عادي مخصوص انصرف عقد يمينه على ازالة اعادة حيوة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحيوة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حيوة قائمة فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابي يوسف وبينهما فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند ابي حنيفة ومحمد رح لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد

قوله وليس في تلك المسئلة اي مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه لا يحنث عندهما سواء علم ان فيه ماء وقت الحلف او لم يعلم

قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن ابي حنيفة رواية اخرى لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء في هذا الكوز فحلف ينبغي ان تنعقد يمينه عندهما على ما يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم ان في الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ما في الكوز ولو اوجد الله ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه فيه والله تعالى اعلم بالصواب.

باب اليمين في تقاضي الدراهم التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسئلة وخص الدراهم بالذكر لانها اكثر دورا في المعاملات **قوله** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فهو ما دون الشهر فان آخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد او آجلا فهو على اكثر من شهر وعلى الشهر ايضا ولكنه قصد الطباق بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعي واحمد ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة الى ما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان يقضيه وتعارض هذا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه صبحا او عند الهلال ونحوه

قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها اي بعض الدراهم زيوفا وهي المغشوشة غشا قليلا يتجوز التجار بها وانما يردها بيت المال او نبهرجة وغشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصي ويقبل السهل منهم او مستحقة لم يحنث بذلك سواء رده او لا في ذلك اليوم او لا لان الزيوف عيب وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكورة في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء والعيب لا يعدم الجنس اي جنس الدراهم ولهذا اي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم

وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

لا تجوز بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت راس مال السلم صح حتى ان الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف انها لم يتغير عنها جنس الدراهم فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض او الدفع وكذا اقتضى الدراهم المستحقة صحيح ولذا لو اجازها المالك قبضها جاز واذا بر في دفع هذه المسماة الثلاثة فلو رد الزيوف والنبهرجة اذا ردت المستحقة لا يرتفع البر وان انتقض القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع عتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيوف او نبهرجة او مستحقة لا يرتفع العتق ولو كانت رصاصا او ستوقة حنث اذا انقضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا اكثرا وهو تعريب سه توقة اي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه ولانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يجوز بها في الصرف والسلم ولا يعتق المكاتب باداءها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد **قوله وان باعه** اي باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضينه اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه عبدا او قبضه رب الذي بر المديون في يمينه لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لان قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا اذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاص بها فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الذي يحصل بمجرد البيع فقبض الدائن العبد او لا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تاكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا فقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم اقبض مالي عليك اليوم او ان لم استوف قال محمد فان وهبها لم يبر يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون فعل هذا الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسئلة الكوز ان بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين المؤقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين موقتة وان كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دائما هما في الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه اما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمها ما دام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت احد الامرين لا محالة من الحنث او البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا بر ولا حنث وجميع ما اورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه انما يفيده لو قال ابر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو لفعل المحلوف عليه ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسئلة اعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما اشرنا الى ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابراه او وهبه فلا شك انه يحنث بالاتفاق لان التصور لا يشترط ابتداء في اليمين المطلقة بل في الابتداء حين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد

ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل

زمن يقدر فيه على القضاء اليأس من البر البتة **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد قبض البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط اي شرط الحنث قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق الى كل الدين حيث قال لا اقبض ديني وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا فيراه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنات وزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى وجعله في الجامع الكبير موقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان اخذت منها اليوم درهما دون درهم فاخذ خمسة ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد **قوله** ومن قال ان كان لي الا مائة فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي عن ما زاد عن المائة فيصدق على الخمسين اذ يصدق الخمسين ليس زائدا على المائة واما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لي مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفي المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فيكون المائة غير محكوم عليها بانتفاء ملكه غير متعرض لها باثبات بوجه من الوجوه وعلى هذا طائفة من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة اخرى او على ان الاستثناء من النفي اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفي اثبات في هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على ان له مائة **واما قول المص** ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها فظاهره انه وجه مقابل للقول لان المقصود منه عرفا وهو ان يكون مدلوله ومعلوم ان اخراجها ليس الا من النفي وحاصله اخراج جميع اجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفي خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه اعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطني الا خمسين فقال ان كنت اعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لي عليه الا مائة فهذا النفي للنقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفي الجامع الصغير عبده حر ان كنت املك الا خمسين فملك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكوة حنث والا لا الا ترى انه لو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكوة او حلف ما لي مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفي خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تاتي ان شاء الله تعالى مسائل منثورة اي هذه مسائل منثورة يكون الشارع لم يحضر في الذهن او تاخر وضع الترجمة عن وضع المسائل ويكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا لما شذ من الابواب الترجمة ونحوها **قوله** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل فعم الامتناع في جميع الاوقات المستقبلة ضرورة عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الاوقات ثابتا وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله سواء كان مكرها فيه او ناسيا اصيلا او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصي بالكفارة

وإذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لأن المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع

أو يفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد وأكل الرغيف قبل أكله فيحنث هذا إذا كانت اليمين مطلقة كما ذكرنا فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لأبي يوسف فلو أكل الرغيف قبل مضي اليوم سقطت اليمين عندهما على ما عرف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه فلا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لأحمد **قوله** وإذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع إذا فسد فهو على حال ولايته خاصة ولو عزل لا يلزمه إخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد وهذا التخصيص في الزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره لأنه إذا زجر داعرا انزجر داعر آخر كما قال تعالى ولكم في القصاص حيوة وهذا لا يتحقق إلا في حال ولايته لأنها حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية فإذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد إلى الولاية وعن أبي يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضا وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد لأنه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ثم إن الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لأنه لا يحنث في اليمين المطلقة إلا باليأس إلا إذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الإمكان انتهى ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا إلى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد أي بالفور أي فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج عن البلد إلا بإذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لأن الإذن إنما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بقيام الزوجية فإذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فإنه لا يتقيد به إذ لم يذكر القيد فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الإذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير إذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج بغير إذنها طلقت لأنه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لأنها إنما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح **قوله** ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه الأصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بإزاء الإيجاب والقبول معا وفي عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والإقرار والهدية قال زفر هي كالبيع وفي البيع وما معه الاتفاق على أنه المجموع فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال لغيره بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو أجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لأن إقراره بالبيع تضمن إقراره بالإيجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث لو حلف لا يبيع فأوجب فقط وعلى الحنث إذا حلف ليبيعن اليوم فأوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة عندنا يبر بالإيجاب وعنده يحنث استدل لزفر قياسا بالبيع لأنه أي عقد الهبة تمليك مثله حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو أي عقد الهبة بلا قبول كالإيجاب في البيع ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل مجرد الإيجاب عن إيجاب الهبة والقبول من الآخر لتمام السبب وإنما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية أخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لأن السبب بلا حكم غير معتبر قال المصنف ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع أي الهبة اسم التبرع فإذا تبرع وجد المسمى فيحنث وإنما يراد تمامه سببا للملك لا على ما نقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول

ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولأن المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به وأما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

الا ان بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معول ولا عمل على هذا بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان
في احتياجه الى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا لملك الآخر كالبيع والحاصل انه انما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك وهو بهذا القدر لا يدخل
في ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظ المفيد له وهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين مسميات
شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة واخواتها ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل او الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا او بعت
كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل
وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما رأى
ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم فقد اطلق اسم الاهداء مع عدم القبول من الجانبين فقط لغرض انه رده عليه ووجه ان قول ابن عباس اهدى
انما حكاية قول الصعب بن جثامة رضي الله عنه اهديت لك هذا او حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد ان اسم الهدي يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر ولا
واستدل ايضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منها بلازم لان غاية ما فيه انه صح ان يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة
لقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر انه يصح ان يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع انه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بانه هو
معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة الا ترى انه لو قال بعته هذا الثوب بالف فلم يقبل لم يكن مخطئا ويكون مستعملا لاسم الكل
في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على ان وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على ان البيع لمجرد الايجاب والاثبات
واما الاستدلال بقول الصديق لعائشة كنت نحلتك عشرين وسقا من مال الغابة وانك لم تكوني جززتيه فسماه نحلى قبل القبض فانما ينتقض
على احدى روايتي زفر لانه ماخوذ فيه القبض ايضا ولسنا نعنيها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب مسمى اللفظ
واما الوجه القائل بان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر ان الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد ولا يخفى بانه غير لازم والا
كانت اسماء الامور التي لها غايات اسماء لتلك الغايات وايضا فقصد الاظهار للسماحة غير المراد ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم
كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبي وهذا اليق ان يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا
بمجموع القبول والايجاب واقرب بانه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر
لو هو اسم لجزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن ابي يوسف ان قبول المستقرض لا بد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال
اقرضني فلان الفا فلم اقبل لا يقبل قوله ونقل عن ابي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة
لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع ان في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه ان يلحق الابراء بالهبة
بعدم العوض والقرض بالبيع للعوض ثم اعلم ان الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا مال الا باعتباره فقلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار ماله الى عين
المال حتى جرت احكام المال عليه في باب الزكوة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ولا يقبل التقييد باعلام فلان انه مستقر الاصل كالهبة فرع حلف لا يوصي بوصية فوهب في
مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى اباه في مرض فعتق عليه ولو حلف ليهبن اليوم مائة درهم فوهبها مائة له على آخر وامره بقبضها بر ولو مات الواهب
قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي ان الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام

ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف

لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبدان وهبك فلان مني فانت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اليه اولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدأ الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل او لم يقبل وان بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له اجنبي فاجازه الحالف البتة حنث كما رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال وينعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادة الناس من الشركة في التجارة دون الاعيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث بخلاف ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما احب او كره

قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي في اللغة المشهورة الفصيحة واما شممت اسم بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع لقد انكرها بعض اهل اللغة وقال هو خطاء وصحح صدمه وقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم يمين الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا او جد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفي المغرب الريحان كلما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجرة ذكره في المبسوط لانه تم قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان لان الريحان انما يطلق على ما ينبت من بذره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للزهر خاصة هذا والذي يجب ان يعول عليه في ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع فهو ريحان الحماحم واما كون الريحان الترنجي منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعندما يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع

قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو على دهنه دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي انه يحنث به ايضا بعموم المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في ايام الكرخي فقال به واما عرفنا فيجب ان لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما قال في الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانها اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج **فروع متفرقة الاصناف** اذا حلف على الدجاج نفيا او اثباتا وكذا الجمل والابل والبعير والجزور والبقر والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم لما مررت بديرهند ارقني صوت الدجاج وضرب بالنواقيس والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن ابي يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمي والبقرة لا تتناول الجاموس للعرف حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا افعل كذا وكذا فكذلك يحنث حلف لا ياكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فاكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكرها في فتاوى قاضي خان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا ياكل لحما فاكل من مرقه انه لا يحنث ان يقيد بما اذا لم تجد طعم اللحم حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء فشرب قيئه لا يحنث قال لعبده اذا سقيت الحمار فانت حر فذهب فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكن لم يشرب حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لا يحنث ولو عصره في كفه

ولهذا يسمى بائعه بائع الخبز فينصرف الشراء بمتعلقه

فحماه حنث اما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما وفي الفتاوى هذا في عرفهم اما في عرفنا فينبغي ان لا يكون حانثا لان ماء العنب يسمى عصيرا في اول ما يعصر حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حائط فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها ان تتسور الحائط قال الفقيه وبه نأخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق وقيد ومنع من الخروج فلا يحنث ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث، قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا انه لا يحنث قال والاصح انه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى يعني وقد اكره من حلف على ان لا يفعل وهو فعل والمكره على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنث فقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم اخرج من هذه اليوم فقيد الحالف ومنع ايا ما انه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق فكان ليلا فهي معذورة حتى تصبح ولو قال لرجل لم يكن معه وراه هو الصحيح الا بخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به كل عبد لي حر فله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه الى التام ومثله لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل منه ويعتق عبد المأذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده المأذون عند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليهم دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه عتق والا فلا كان عليه دين اولا وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان اراد به الاستحلاف فهي استحلاف ولا شيء على واحد منهما اذا لم يفعل ولو قال لغيره اقسمت واقسمت بالله عليك لتفعلن كذا وقال اشهد بالله واشهد عليك او لم يقل عليك فالحالف هو المبتدئ الا ان يكون اراد الاستفهام فلا يمين عليه ايضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدئ وان نواه اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو اقل من من وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فانت طالق فانه يطبخ قبل ان يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة حلف لا ياكل من خبز ختنه فسافر الختن وحلفت لامرأته دقيقا فاكل منه حنث لانه باق على ملكه قال الامام القاضي هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي بقدر ما يكفيك اما اذا افرز قدرا من الدقيق واعطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل من مال فلان فتناهدا فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان احد الشركاء صبيا لا يجوز ولو كان كل واحد اكل مال نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم واستحسنوا لكن لم يصرح بالخلاف انتهى واقول الفرق ان عدم الحنث لاكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبتنى الايمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد مع الصبي لانه غير اكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي الخلاصة حلف لا ياكل من خبز فلان فاكل خبزا بينه وبين فلان يحنث وقال في مجموع النوازل لا يحنث لانه اكل حصته ولو قال لا ياكل من مال فلان فمات فلان فهو وارثه فاكل ان لم يكن انه وارث سواه او كان فاكل بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا ياكل رغيفا لفلان

وقيل في عرفنا تقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق

فاكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا دار بين اختين قال زوج احديهما ان دخلت الا في نصيبك فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى ارضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا ياكل من حب خل لفلان فاكل من حب خل بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف ياكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا ياكل من قدر فلان فاكل من قدر طبخها فلان لم يحنث يعني الاصل لو حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل امرأة ذهبت طيرا فقال لها زوجها اگر از من دايكي توخورم فانت طالق فوهبت من آخر فاكل الحالف يحنث وقال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما يأتي ينبغي ان لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا ياكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهبه الابن الحالف فاشترى شيئا فاكله لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان اكلت اليوم الا رغيفا او ان تغديت برغيف فعبدي حر فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا او فاكهة حنث وفي فتاوى قاضي خان حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع الخل او الزيت او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف فعبدي حر فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل هذه الخابية التي فيها الزيت فاكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا ياكل هذه البيضة لا يحنث حتى ياكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا ياكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال ابو بكر الاسكاف ان كان شيئا يمكنه ان ياكله كله في عمره لا يحنث ياكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل بعض ما لا يمكن ان ياكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رح كل شيء ياكله الرجل في مجلس واحد او يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث لاكل بعضه لكن في الفتاوى للقاضي حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل وبقي منه شيء يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق في القضاء فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيئا قليلا جدا بحيث لا يقال الا ان فلانا اكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف لا يحنث باكل البعض وتقدم من المنصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة منه قال في فتاوى قاضي خان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف رح يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم او كلما شربت الماء فلله علي ان اتصدق بدرهم فاكل فعليه في كل لقمة من اللحم

لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفى التفسير قاض عليه

وفى كل نفس من المار درهم حلف لايكلم فلانا وفلانا لايحنث حتى يكلمهما الا ان ينوى الحنث باحدهما فيحنث
بواحد منهما اما لو قال لا اكلمهما وقال بالفارسية بااين دو كس سخن نگويم ونوى واحدا لايصح نيته ذكره فى المحيط قال وينبغى ان يصح
لان المثنى يذكر ويراد الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا او فلانا
حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفى مجموع النوازل لا اكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهذا على ستة ايام ولو قال لا اكلمه لا يوما
ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة ايام حلف لايشرب من دار فلان فاكل منها شيئا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين
الامتناع عن جميع الماكولات وقال غيره لايحنث فى يمينه الا ان ينوى جميع الماكولات والمشروبات اما لو قال بالفارسية فلا شنک
فى تناول الماكول والمشروب حلف لايغتسل من امرأته عن الجنابة فجامعها ثم جامع اخرى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين
انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل عنها وعن غيرها يحنث كما لو حلف لايتوضأ من الرعاف فتوضأ
من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لايحل تكته على امرأته ان اراد لايجامع صح وهو ما اراد وان لم يرده ان فتح سراويله للبول ثم جامعها
لايحنث لان فتح سراويله عليها ان يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغى ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث
ولو حلف لايحل تكته فى الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى غير حلها لايحنث وصدق قضاء وان حلف لم ينو يحنث ونحو هذا قوله
ان اغتسلت من الحرام فعانق اجنبية فانزل قالوا يرجى ان لايكون حانثا وتكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لاتغتسل هذا
من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصغار ارجو ان لايحنث قال الفقيه ابو الليث لان قوله كناية عن الجماع واذا كانت مكرهة عليه لاتحنث
فلو قال لها عند ارادة الجماع لم تمكنينى او لم تدخلى معى البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفى
الجامع الكبير حلف لايجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لايحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بها ولو قال لامرأته ان فعلت حراما فى هذه السنة
فانت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بمعاينتها بتداخل الفرجين وتعرف انها ليست مملوكة له ولا زوجة لو شهد عندها
اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لايثبت الا بذلك ولو اقر لها كفى مرة لايسعها المقام معه بان جحد عند الحاكم انه فعل وليس
لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسألة تفيد مسألة ما اذا علمت انه طلقها ثلاثا يقينا ثم انكر فى انه لايمكنه
ابدا واذا لم يستطع منعه عنها لها ان تسمه ولو قال بالفارسية اگر تو با كسى حرام كنى فانت طالق فابانها فجامعها فى العدة طلقت عندهما
لانهما يعتبران عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لايحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره فى الخلاصة وغيرها ولو قال للآخر
فعلت فان لم افعل قال ابو حنيفة ان لم يفعل على فوره فعله حنث حلف لايعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففى البالغ لايحنث
لان معرفة البالغ كذلك ويحنث فى الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فخرجه الى جاره ولم يسمه بعد
فركه الجار ثم حلف انه لايعرف هذا الصبى يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولايدرى اسمها فحلف انه لايعرفها لايحنث وكذا لو حلف انه
لايعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لايحنث الا ان يعنى به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لايفعل ما دام فلان
فى هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لايحنث حلف لايترك فلانا يفعل كذا فكلما ارادوا من هنا

كتاب الحدود

ويدخل بيرٌ بقوله له لا تفعل لا تخرج الا تمر اطاعة او عصاه والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الحدود

لما اشتمل الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة اولاها الحدود والتي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود والصوم اوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن يكون الترتيب حينئذ الصلوة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالمعنى ما يعين الاخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب الاستعمال الشارع الا كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود اظهر من ان تذكر لانها تكتسب ببيان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية واماتتها معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلتزم مؤن الولد مع ما فيه من تهمة الناس البرأ وغيره ولذا ندب عموم الناس الى صونه درجة وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض واخذ اموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم يبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان ابيح الشرب حين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخصوص فان ما يتوقع على خصوص لا بد ان تفيد مصالح عامة ولذا قال المص والمقصود من شرعية الانزجار عما يتضرر به العباد والعبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر الا انه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المص الى قوله للانزجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية الى آخره اي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد انه مقصود ايضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا اصليا بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم قبل سببه اصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة واما ذلك فقول طائفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن اصاب منها شيئا فستره الله فهو الى الله ان شاء عفى عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك اي التقتيل والصلب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر ان جزاءهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من تاب فانها تسقط عنه الاخروية بالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب ان يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه او رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فتقييده به جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما اراد المص انه لم يشرع للطهرة فاراد بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد يعني ان عقوبة الذنب بالحد لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد ولم يتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من اهلها واما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر فيحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذ السمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض ان الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا ان يدل دليل سمعي على ذلك هذا واما الاستدلال على عدم كون الحد

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر

مستقطا بانه يقام عليه وهو كاره فليس لشئ بجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله اعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه **قوله** الحد لغة المنع وعليه قول نابغة ذبيان: الا سليمان اذ قال الاله له: قم في البرية فاحددها عن الفند وهو الخطأ في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شيء فهو حادله وحداد اذ ضبع للبب لغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول وللسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيده وهو قوله يقول لي الحداد وهو يقودني: الى السجن لا تجزع فما بك من باس فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى: فقمنا ولما يصح ديكنا: الى جونة عند حدادها وهو مما يل الاصطلاح المعرف للماهية حد لمنعه من دخول الخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لانه ... منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك اذن وغيره على ما سياتي ان شاء الله تعالى هذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح اخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا ثم ان يحمل على هذا قسمان يصح فيه العفو ولا يقبله على الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا انكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على اسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال اتشفع في حد من حدود الله فاما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت والوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده **قوله** الزنا يثبت بالبينة والاقرار ابتدأ بحد الزنا لكثرته وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التي جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد في لغة نجد وعليه قال الفرزدق: ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من اسماء الخمر قال فالمراد ثبوته عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال ابو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع اهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانما تثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار لان الاقرار بسبب الحد يستلزم مضرة في البدن ومعرة في العرض وتوجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق

السقوط

قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذى قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

ومنعا لعذر الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصدا الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته فى اسباب سخط الله لينال درجة اهل العزم **قوله** فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امرأة على رجل او امرأة بالزنا ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعى هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها اولاد صغار وانما كانت اربعا لقوله تع فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تع ثم لم ياتوا باربعة شهداء واما الحديث الذى ذكره المص وهو قوله للذى قذف امرأته بالزنا يعنى هلال بن امية ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد فى ظهرك فلم يحفظ على ما ذكروا الذى فى البخارى انه عم قال البينة والا فحد فى ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى فى مسنده ثنا مسلم بن ابى مسلم الجرمى ثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن انس بن مالك قال اول لعان كان فى الاسلام ان شريك بن سحما قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عم اربعة شهود والا فحد فى ظهرك فالمسئلة وهى اشتراط الاربع قطعية مجمع عليها ثم ذكر ان حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه فاقتصر عليه لنفى قول من قال ان حكمته ان شهادة الزنا متضمن الشهادة على اثنين وعلى كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة اما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشىء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على اربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فلا يتحقق بذلك الاندرار واما انه مندوب اليه فلما اخرج البخارى عن ابى هريرة عنه عم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة والله فى عون العبد ما دام العبد فى عون اخيه واخرج ابو داود والنسائى عن عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال من راى عورة فسترها كمن احيى موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغى ان يكون الشهادة به خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك وهذا يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالات به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب ح بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زل مرة او مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عم لهزال فى ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث سياتى كان فى مثل ما ذكرنا والله سبحانه اعلم

وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى لأن النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه أو زنى في دار الحرب وفي المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء

وعلى هذا ذكره في غيبة مجلس القاضي والإقرار بالشهادة تكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وأما أن المختار في الحكم ما ذكره المصنف فلأن شهادة الاثنين كما تكون معتبرة على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كما لو شهدا أن هؤلاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ما ذكره المصنف قوله وإذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم عن خمسة أشياء عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى ثم استدل المصنف على وجوب هذه الأشياء بأنه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولأن الاحتياط مطلوب شرعا في ذلك وهذا الوجه يعم الخمس والسمعي يقتصر على اثنين منها فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فإن قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب أن علة استفساره بعينها ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم أما أنه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة قال جاء الأسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فأقبل في الخامسة فقال أنكتها قال نعم حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال أريد أن تطهرني فأمر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر إلى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجليه فقال أين فلان وفلان فقالا نحن ذان يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد من أكل منه والذي نفسي بيده إنه الآن لفي أنهار الجنة ينغمس فيها وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرجه أبو داود وعن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك في حجري فأصاب جارية من الحي فقال له أبي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله أن يستغفر لك فأتاه فقال يا رسول الله إني زنيت فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال عليه السلام إنك قد قلتها أربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فأمر به أن يرجم فأخرج إلى الحرة فلما رجم فوجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فأمر به أن يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحي بعير فأصاب رأسه فقتله وأما أن في الاستفسار عن الأمور الخمسة الاحتياط فلما قال لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراما زنى أو كان يظن أن كل وطء محرم زنى يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال

نسخة: بوظيف

فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحد ودا احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى

تعليقة

يسأله عن الزنا ما هو ولانه يحتمل كونه كان مكرها ويرى ان الاكراه عن الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه لما روي عن ابي حنيفة فيشهد به فلهذا يسأله عن كيفيته وفي التحقيق هي حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود بزناه في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا يسألهم اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم فلا حد فيه اذ قد ثبت بالبينة او في زمن صباه فلهذا يسألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه او كانت جارية او زوجة ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء ان ينظروا في بيتي وكانت في بيت احدهم كوة بعيد ومنها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما اتيت الا امرأتي ثم ان الله تعالى درأ عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة وكان مثل النصف من العبادة فحد عمر رض الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وانفاسا عالية ولحافا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد واخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رض ثم سألهم ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل النضو من العبادة انتهى فلهذا يسألهم عن المزني بها من هي وقياسه في الشهادة على زنا امرأة ان يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا او مجنونا بان مكنت احدهما فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول الامام ابي حنيفة رح ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انهما زنيا لا يحد الشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون فصاروا كما لو شهد اربعة فساق بالزنا لا يقضي بشهادتهم ولا يحدون لانهم باقون على شهاداتهم غير انهم لا يقبلون وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وابى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن ان يكون قذفا فلما لم تتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحدون وما وقع في اصل المبسوط من ان الرابع لو قال اشهد انه زاني فسأل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قال للقاضي في مجلس من غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة **قوله** واذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر يبعث ورقة فيها اسماؤهم واسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعد المص بيانه في الشهادات حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط آخر وهو ان يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها ابو حنيفة في الاموال احتيالا للدرء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما امكن استدل عليه بما رواه ابو يعلى في مسنده من حديث ابي هريرة رض عنه عم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة رض عنه عم قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف واسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث

بنہا

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون
حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسياتيك الفرق ان شاء الله تعالى **قال** والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات

ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف اقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد مجتمع عليه وهو
اقوى وكان ذكر هذه ذكر لمستند الاجماع واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود ولا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه
عن ذلك وهو اقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا في اقامة الحد بالسمع الذي
ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعليل الشهود واهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره **قوله** قال
في الاصل اي قال اذا وصف الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود
لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ
بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر منه في اخذ الكفيل اجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير
لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم
جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان اقصى العقوبات هناك بعد ثبوت
العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان كان بعد الثبوت عقوبة اغلظ
وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسياتيك الفرق واما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة
فاخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا من تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك
قال اقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر فاصبح الغطفانيون
وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين فاتوا بهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس احد الغفاريين وقال للآخر اذهب
فالتمس فلم يكن الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول
الله فقال وانت غفر الله لك وقتلك في سبيل الله قال فقتل يوم اليمامة **قوله** والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا
اربع مرات قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها اقوى حتى لا يندفع بالشبهة بالفرار ولا بالتقادم ولانها
حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو اقر الاخرس بالزنا بكتابة او اشارة لا يحد لشبهة عدم الصراحة
وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال ان يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره
والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين ولو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء بطل
الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بخرساء او
اقرت بأخرس لا حد على واحد منهما واختلف الحكم في اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن ابي سليمان ومالك والشافعي
وابو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل اربع مرات
ولان الغامدية لم تقر اربعا وانما ردد ماعزا لانه شك في امره فقال ابك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا

في اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رض فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب

في اشتراط كونها في اربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا ونفاه ابن ابي ليلى واحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن ابي هريرة رض قال اتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يارسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يارسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى بين ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون فقال لا فقال هل احصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر في انه كان في مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن اظهر منه في افادة انها في مجالس ما في صحيح مسلم عن بريدة ان ماعزا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية من الغد فرده ثم ارسل الى قومه هل تعلمون بعقله باسا فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا فسألهم فاخبروه انه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفيرة فرجمه واخرج احمد واسحاق بن راهويه في مسنديهما وابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر بن عامر عن عبد الرحمن بن ابزى عن ابي بكر قال اتى ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك الله قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر به فرجم فصرح بتعداد المجيء وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة رض قال جاء ماعز بن مالك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان العبد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد فاخرج ثم اتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال ادخلت واخرجت فقال نعم فامر ان يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب ان يحمل الحديث الاول عليها فان قوله فتنحى تلقاء وجهه معدود مع قوله الاول اقرارا واحدا لا في مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك اربع مرات اي في اربع مجالس فانه لا ينافي ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه واما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فاما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة فممنوع بل اقرت اربعا يدل عليه ما عند ابي داؤد والنسائي قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدث ان الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها اربعا غاية ما في الباب انه لم ينقل تفاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم ثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن ابي بكر عن ابيه فذكره وفيه انها اقرت اربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث غير ان فيه مجهولا تنجبر جهالته بما يشهد له من حديث ابي داؤد والنسائي واما كون رد ماعز اربعا كان لاسترابة في عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع والثلاثة موضوعة في الشرع لابلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لان عندها لا يعذر المغبون

ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولابد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده تتحقق شبهة الاتحاد في الاقارير والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رحمه

قال رحمه الله يستحب ان يؤخر ثلثة ليراجع نفسه في شبهة فلو لم تكن الاربعة عدداً معتبرا في اعتبار اقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث هزال انه قد قلتها اربع فبمن وهو حديث اخرجه ابو داؤد والنسائي والامام احمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ايت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه احمد قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح واسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وابوه نعيم ذكره ايضا وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها في لفظ لابي داؤد عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك اربع مرات وفي لفظ لابن ابي شيبة اليس انك قلتها اربع مرات وتقدم في مسند احمد عن ابي بكر رض انه قال بحضرته عم ان اعترفت الرابعة رجمك الا ان في اسناده جابر الجعفي وكونه روى في الصحيح انه رده مرتين او ثلاثا فمن اختصار الراوي ولا شك انه اقر اربعا وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما اوجب سبحانه في الشهادة على الزنا اربعا على خلاف المعتاد في غيره ولذا يعتبر في اقراره انه الا بكل اقرار بمنزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله وحديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعروف في الزنا بناء على انه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة ونقل هذا من حديث ابي هريرة رض في استغفار ماعز انه رجمه بعد الخامسة وتاويله انه عد احاد الاقارير فان منها اقرارين في مجلس واحد كما قدمناه في الجمع فكانت خمسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي ان يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب لو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعد ولانه ليطلقه مختارا في اطلاقه ليذهب فقد لا يرجع هكذا اليوم بعد اليوم وهذا لما علمت ان الاقامة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه ان يفصله الا فاني المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل سعوه فايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب ترده واخراجه ليذهب فيرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله وهو مصر على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الامام فيجلس في بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد واما ما روى ان الغامدية قالت له عليه الصلوة والسلام اتريد ان ترددني كما رددت ماعزا والله اني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس ان يرجموها فرجموها فاقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى راسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا انه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر انه ردها وغيا الى ولادتها ثم ردها الى فطامها لاتفاق الحال بان يثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت اليه ليصدر منها ما هو اقرار

لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة **قال** فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع

اذ لا بد ان يقع في مجلسها شئ مما هي بصدده هذا ولم يكن ما تقدم مما يفيد ان اقرارها كان اربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر به الحكم بتعدد الاقارير تعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجلس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط واما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد متهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لا شك في الصدق واصل التعدد انما لزم حتى لزم الاتيان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر وشرط في النساء رجلان لك ايضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى متذكرها **قوله** لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة لا يعرف بهذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرناه من حديث ابن حبان انه طرد واخرج فارجع اليه **قوله** واذا بين ذلك اي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المص في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا اعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه اقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره لانه لا ملك له في المزنية لانه لو كان لعرفها ان الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا اقر انه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم ارسل الى المرأة فقال ان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنه وعنها لا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال ان يرجع الشهود ولان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابي حنيفة رح وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر فلان تحد هي عندهما لا عنده

قوله وقال الشافعي يقيم عليه الحد وهو قول ابن ابي ليلى والمسطور في كتبهم لو رجع قبل الحد او بعد ما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد ثبوت كما لو فرض انه شهدوا عليه وهو ساكت فلما سألهم الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل صحته شرعا حكما فيجب كون المحل الذي هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا في الشهادة نعم في القصاص وحد القذف يعني لو اقر بهما ثم رجع لا يقبل وكذا لا يقبل في الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب وليس احد يكذبه فيه فيتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه ارجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فينعدم اثره

ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة

في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله عم لماعز لعلك لمست روي في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره دارئا ليذكره كائنا ما كان كما قال ايضا عم للسارق الذي جيء به اليه اسرقت وما اخاله سرق والله اعلم بالصواب

فصل في كيفية اقامة الحد بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الاحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال احصن يحصن فهو محصن في الفاظ معدودة هي اسهب فهو مسهب اذا طال وامعن في الشيء ومنه قول المص في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال اكره ان اكون من المسهبين بفتح الهاء والفلج بالفاء افتقر فهو بالفتح الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها ايضا اذا افلس وعليه دين

قوله رجمه بالحجارة حتى يموت عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي رضه وجود حاتم والاحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته اما اصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رضه وكاشف بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري وروى ابن داود انه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا ان يقال ان عمر رضه زاد في كتاب الله لكتبتها في حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة رضها وابي هريرة وابن مسعود رضه ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان رضه انه اشرف عليهم يوم الدار وقال انشدكم بالله تعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرء مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وابوداود والدارمي اخرجه البخاري عن فعله عم من قول ابي قتادة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلي رضه ولا يخفى ان قول المخرج حسن او صحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالمتن فرد القبول والحاصل ان انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنى او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاحتياط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى

قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روى عن على رض ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف **قال** فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط

علماء المسلمين والرواة او وقعهم في جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين ما بوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الزمهم باعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا ايضا فعله هو والمسلمون **قوله** يخرجه الى ارض فضاء لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داؤد فانطلقنا الى بقيع الغرقد كان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان واما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على انه انما صار اليها هاربا لانه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض المضيق **قوله** ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس وهذا اشتراط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في الشاهد من امتناع بعض الناس في ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي ليس بشرط اعتبارا بالجلد يعني فانه لو ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود واجاب بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق اذا بخلاف الرجم فان المقصود به الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراطهم ابتداءهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع للمحاقة واما اثبات المذهب فيقول على رض بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الاداء فاذا حضر مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسياتي انما يصح بناء على ان الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمل احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس جزع الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاصل فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا تقطع بوجوب المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لانه احتمال احتمال الرجوع رجوع والرجوع ثبوت لان الثابت شبهة في الشهادة ولا شبهة الشبهة فهلو حين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فانه به يظهر ان تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذ لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا واما ثبوت ذلك عن على رض فما اخرج ابن ابي شيبة حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا رضي الله عنه كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم رجم هو ثم رجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس قال وحدثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد بن عبد الرحمن بن عبد الله

وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روى عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

بن مسعود رضي الله عنه عن علي رضي الله عنه قال ايها الناس ان الزنا زناءان زنا السر وزنا العلانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمي قال وفي يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب صفيد مانها فاستدارت ورمى الناس وروى الامام احمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غائب بالشام فانها حملت فجاء بها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان اول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من رماها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاجلح عن الشعبي عن علي رضي الله عنه وفيه انه قال لها لعله وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس وضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة واحاط الناس بها الحديث وفيه ايضا انه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف واورد ان اثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو خبر الواحد واصلاح الايرادات تقييد القطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب ان الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرءه بالشبهة فاذا دل ظني على ان البداءة شرط لزم ان عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطعي بوجوب درءه هذا الحكم القطعي للشبهة وموت الشهود مسقط او احدهم وكذا اذا غابوا او غاب احدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن ابي يوسف ان بدأتهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا او ماتوا او غابوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن اهلية الشهادة كما لو ارتد احدهم او عمي او خرس او فسق او قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء او بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان بعضهم مقطوع اليدين او مريضا لا يستطيع الرمي حضر برمي القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وايضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا ان شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم يستحق البداءة لهم واما هنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت او الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا التقييد شرطية بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك ان المعنى المسقط يجمعها وهما يبطل الشهادة ويسقط الحد ان يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه ابو يوسف لان سقوطه في الوجه الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم ان الامضاء من القضاء في الحدود فكان كالاول وخالفه محمد رح قوله وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو ما ذكرناه آنفا وقوله ورمى عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه ابو داؤد عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن ابي بكرة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى الثندوة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وانت تعلم انه لو تم امر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضي الله عنه واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو امرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه السلام لم يحضر بل رجمه الناس عن امره عليه السلام ويمكن الجواب بان حقيقتها دل عليه

ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز رضي اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به يامر الامام بضربه

قوله على انه يجب على الامام ان يامر برجمه بالابتداء احتيالا للثبوت ولانه الرجوع وعدمه وان لم يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع ح ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط لانه لزم من عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عرم منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ واعلم ان مقتضى ما ذكرانه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب ان يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد الماخذ فيهما قالوا ويستحب لكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه **قوله** ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الخ روى ابن ابي شيبة عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن ابي بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلوة عليه واما صلوته عم على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه علي الحديث بطوله الى ان قال ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم ابو داود وصححوه واما ما رواه ابو داود من حديث ابي برزة الاسلمي انه عم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلوة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلوته عليه لكن المثبت اولى من النافي لكن على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك ان الصحابي اذا شهد الصلوة بتمامها يعلم عدم صلوته عليه عم فيطلب الترجيح بغير ذلك ومن هذا ذهب مالك الى انه يصلي عليه غير الامام والحاصل ان الصلوة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيامه اثر شهادة يوم القيمة واما انه عم صلى على ماعز ففي حيز التعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وذكر في كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين اتت امرأة من جهينة **قوله** وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو اولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رض وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين

بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضه كان يأمر بالتجريد فى الحدود ولان التجريد ابلغ فى ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف **قال** الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذى امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق فى ذلك الى عمر رضه ظنى ولهذا والله اعلم قال على رضه فيما ذكرنا عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك انه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد فى حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به وقد يستدل له بقوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفى رواية ابى داؤد ورمى بالحجارة وسيأتى الكلام عليه **قوله** بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفى الصحاح ثمرة السوط عقد اطرافه ورجح المطرزى ارادة الاول بما ذكر الطحاوى ان عليا رضه جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفى الايضاح ما يوافقه قال ينبغى ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفى الدراية لكن المشهور فى الكتب لا ثمرة له لا عقدة عليه وقول المصنف فى الاستدلال عليه لان عليا رضه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل احد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر روى ابن ابى شيبة ثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسى عن انس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له فى زمن من كان هذا قال فى زمن عمر بن الخطاب رضه والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفى طرفه يبس لانه يجرح او يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن ابى كثير ان رجلا اتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى اصبت حدا فاقمه على فدعا عم بسوط فاتى بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتى بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتى بسوط بين سوطين فقال هذا فاضرب به فجلد فرواه ابن ابى شيبة عن زيد بن اسلم ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى برجل فذكره وكذا مالك فى الموطأ والحاصل ان يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذى يصير به ذنبين تعميما للمشترك فى النفى لانه عين الحد فى مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان اولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا **قوله** بين الموجع وغير المؤلم فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه اراد بالموجع المبرح والا لم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله **قوله** ينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعى واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضى التجريد وقول المصنف لان عليا كان يأمر بالتجريد زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يأمر بالتجريد فى الحدود وغالبه ما قال المخرج انه لم يعرف عن على بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتى برجل فى حد فضربه وعليه كساء قسطلانى قاعدا واسند الى المغيرة بن شعبة فى الحد وذا انتزع عنه ثيابه قال لا الا ان يكون فردا او محشوا واسند عن ابن مسعود لا يحل فى هذه الامة تجريد ولا مد **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه لان جمعه فى عضو قد يفسده واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال للذى امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه مخرج مرفوعا بل موقوفا عن على رضه انه اتى برجل سكران او فى حد فقال اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن ابى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب رضه انه قال وقد اتى برجل اضربه واعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن على وابن مسعود

وقال ابو يوسف رح يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابى بكر رض اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد فى حربى كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب فى الحدود كلها قائما غير ممدود لقول على رض يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل فى زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق

والنخعى رح انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المص فى الصحيحين من حديث ابى هريرة رض عنه عم قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان فى حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبادره او هو فى مقابلة حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا فى حد قتلا او غير قتل و فى القتل صريح ما تقدم من رواية ابى داؤد من حديث ابى هريرة انه عم رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وح فلا شك ان قول عمر وعلى رض اعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر بهذا مقتصر عليه عام مخصوص لانها لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير وانما كان ذلك معلوما فلم يحتج الى ذكره على انه ذكر فى رواية غيره عن على كما حكيناه آنفا بما سمعت فعلم ان ما اورده المص دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر هو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذى ذكره وهو انه مجمع الحواس الباطنة فربما يفسد فهو اهلاك معنى وهذا من المص ظاهر فى القول بان العقل فى الرأس الا ان يأول وهى مختلفة بين الاصوليين وما قيل فى المنظومة والكافى ان الشافعى يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية البينة والا حد فى ظهرك غير ثابت فى كتبهم بل الذى فيها كقولنا وانما ذكر رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اى حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة من عمر وعلى وابن مسعود وما استنبطناه من قوله عم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وانه فى نحو الحد مما سواه داخل فى الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رح فى التعزير يضرب الظهر وفى الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا فى جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قال ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد **قوله** وقال ابو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه بعد ان كان اولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث ابى بكر رض الذى ذكره ورواه ابن ابى شيبة ثنا وكيع عن المسعودى عن القاسم ان ابا بكر رض اتى برجل انتفى من ابيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودى مضعف ولكن روى الدارمى فى مسنده عن سليمان بن يسار ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت فقال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمى رأسه فقال يا امير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذى كنت اجد فى رأسى وهذا ينافى جواب المص بان ذلك كان مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة ابى بكر كانت فيه فان ضرب عمر رض الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب ابى بكر رض للذى انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشائخ رواية عن ابى يوسف رح ايضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل فى البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل فى زماننا فى بيوت الظلمة ينبغى ان لا يضرب البطن **قوله** ويضرب فى الحدود كلها وكذا التعزير قائما غير ممدود لقول على رض الخ روى عبد الرزاق فى مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن على رض قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة فى الحد ولان مبنى الحد فى التشهير زجرا للعامة عن مثله والقيام ابلغ فيه والمرأة مبنى امرها

وان كان عبدا جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها قال وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر على رض لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا

على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة وقوله غير ممدود قيل المراد ان يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط بان يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد وفيه زيادة الم وقد يفضي الى الجرح وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود يعم في جميع معانيه لانه في النفي مجاز تعميمه فان امتنع الرجل فلم يقف ولم يصبر لا بأس بربطه على اسطوانة او يمسك قوله وان كان عبدا جلده خمسين الى قوله ثم فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وهو ايضا مما يعرف من اول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع به الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط في الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب المذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان في تزوج الاماء بقوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن اقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط اعني الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة احصنوا او لم يحصنوا واسند ابو بكر الرازي الى ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون ان لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وابو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم من احصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس ان لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا انه غير صحيح وقرئ فاذا احصن بالبناء للفاعل وتأول على معنى اسلمن وحين الزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا احصن لزم ان لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنتقص العقوبة به لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ الا ترى الى قوله سبحانه يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين قوله والرجل والمرأة في ذلك سواء لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم او لا فعلى كل الجلد او احدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة او الاقرار يكون على ما شرط وقوله غير ان المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا الحشو والفرو ولان في تجريدها كشف العورة لان بدنها كله عورة الا ما عرف ووجهه ظاهر وتضرب المرأة جالسة لما روينا يعني من كلام علي رض ولانه استر لها قوله فان حفر لها في الرجم جاز لهذا ولذلك حفر عم للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل ولحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل غير صحيح بحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه وكذا حفر علي رض لشراحة الهمدانية بسكون الميم وهي قبيلة كانت حبيبة على رض وقد مدحهم وقال في مدحه لهم فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخلوا بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية احمد عن الشعبي انه حفر لها الى السرة ثم قال المص ان ترك الحفر لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك يعني لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عم حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجازا عن امره الا كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه في سطر او

ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز رضـ ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رح له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه

فغريب وهو هنا كذلك **قوله** ولا يحفر للرجل لانه عم لم يحفر لماعز وتقدم من رواية مسلم وتقدم من رواية ايضا حديث ابي بريدة الاسلمي انه حفر له وهو منكر لمخالفة الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة **قوله** ولان مبنى الحد على التشهير في الرجال لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبني على التشهير غير انه يزاد في شهادته في حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى في المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجمع الامام والناس خصوصا في الرجم واما في الجلد فقد قال تع وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين اي الزانية والزاني فاستحب ان يامر الامام طائفة اي جماعة ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس رضـ واحد وبه قال احمد وقال عطاء واسحاق اثنان وقال الزهري ثلثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك اربعة واما قوله والربط والامساك غير مشروع فلما تقدم من قول ابن مسعود رضـ ليس في هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب لهم قائما لم يمسك ولم يربط الا ان لا يصبروا عليهم فيح يمسك فيربط فاذا هرب في الرجم وان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في اقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي في صفة الرجم ان يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلوة كلما رجمه صف تنحوا ولم يذكره في الاصل بل في حديث علي رضـ في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الاصلح عن الشعبي وفيه احاط الناس بها واخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلوة صفا خلف صف الى ان قال ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روي عن مالك انه لا باس بالتاديب في المسجد خمسة اسواط قال الروي اقام ابن ابي ليلى الحد في المسجد فخطأه ابو حنيفة وفي الحديث انه عم قال جنبوا صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وشراكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وضعوا على ابوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد **قوله** ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي ومالك واحمد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة المزوجة واستثنى الشافعي من المولى ان يكون ذميا او مكاتبا او امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة او قطع الطريق او قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص نعم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح ان القتل والقطع الى الامام لهم ما في الصحيحين من حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا ادري بعد الثالثة او الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم ولانه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحدود ولان له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من التصرف فملك الاقامة عليه اولى من الامام ولنا ما روى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضـ موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفئ ولان الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائبه مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على انه استناب في حده المتوجه منه على الارقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم انه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو امر به عبيدا كان ممتثلا فيجاز كون المراد ذكره الامام ليامر باقامته لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من

قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ

قول القائل اقم الحد على فلان او اجلد فلانا فلانة والمتبادر اذا امر به على ان المتبادر احد داخل فيهما لا في ثلاثة بما اذا ان مع رفعه الى الحاكم ليحده نعم من استقر اعتقاده على ان اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سيأتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من بأسكم فاطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اي عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعدها كما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة والى ذلك اشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيابة لا تكون الا بالدخول انتهى واشتمل في [illegible] هذه الاسلام وسنذكره المعنعنة وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعدما دخل بها ثم قبل ان يدخل بها بعد الاسلام اي يطأها زنى لا يرجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعدما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعدما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا اسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم ان الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي ان تكون بيانية اي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي المأثورة في اجزائه وهو هيئة تكون باجتماعها في اجزاء علة وكل جزء علة واصح شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا وقياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما ان الحد لا يثبت قياسا فكذا شرطه لانا نقول بل يجب ان يثبت شرطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما لعدم المعقولية او لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا لايجابه بقي الشأن في تحقيقه وقد اثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله بانها من جلائل النعم فان من النعم كون كل من الزوجين مكافيا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به اي باستجماعها وان انيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور اثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم تمامها شبهة في قصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا لكمال اندفاع حاجته الى الوطء عنده فكونه بالغا لان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي

والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رح في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن

محل نفرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه بينهما وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين في ذاتها بكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها افحش فناسب كون العقوبة اغلظ فشرعت كذلك وهو الرجم عند ستجماعها فينبط به اي بالاستجماع لها بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع ووجه عدم اعتبارها في تكميل العقوبة انها لا مدخل لها في تكميل الصارف وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر وادر وكيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفرة المسلم اجيب بان يكونا كافرين فيسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وآبائه وما لم يفرق القاضي بينهما بابائه هما زوجان **قوله** والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام اي في الاحصان وكذا ابو يوسف رح في رواية وبه قال احمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر ان اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان امرأة منهم ورجلا زنيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شان الرجم فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فوضع احدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا واجاب المص بانه انما رجمهما بحكم التورية فانه سألهم عن ذلك اولا وان ذلك انما كان عند ما قدم عليه الصلوة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراط الاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحاق بن راهويه في مسنده اخبرنا عبد العزيز بن محمد ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة من طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه عن اسحاق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب انه موقوف قال في الغاية ولفظ اسحاق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه مرة اخرجه مخرج الفتوى ولم يرفعه ولا شك ان مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من انه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا خرج من طريق فيها ضعف لا يضر واما قوله عم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله اعلم به وبمعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي بكر بن ابي مريم عن علي بن ابي طلحة عن كعب بن مالك انه اراد ان يتزوج يهودية فقال له عم لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن ابي مريم وعلي بن ابي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن ابي طلحة عن كعب وهو منقطع وانت تعلم ان الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه اول هذا الشرح والله اعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل المص بين الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهما معا في عرض واحد وهو الاحتجاج عن ابي يوسف ومن معه مل كان الوجه جمعهما ثم يقول هذا ما ذكرنا واعلم ان الاسهل مما ادعى ان يقال حين رجمها لم يكن الرجم ثبتت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله عم ما تجدون في التورية في شان الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والا لم يرجمهم لانتفاء شرطه فيهم وانما يحكم بما انزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التورية ليبكتهم بتركهم ما انزل عليهم فحكم

والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رحمه الله يخالفنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد **قال** ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه **قال** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام

برجمها بشرعه الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به فقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه او تاخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول مقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو ان تقديم هذا الفعل يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في ايجاب الحد والاولى في الحد ودترجيح الدافع عن التعارض ولا يخفى ان كل مرجح فهو محكوم بتاخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين **قوله** والمعتبر في الدخول المحقق للحصان الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وهو بتغييب الحشفة انزل او لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو قول مالك والشافعي ورواية عن احمد ويجمع في رواية اخرى عنه واهل الظاهر كذلك للجمهور انه عم لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه عم انه بعد سواله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فرجمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عم خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم او رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال ولان الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار او قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التي لها شرع الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان اولا الاذى باللسان على ما امر به تع من قوله واللذان ياتيانها منكم فاذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عم خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى ان ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه فان لم يعلم خصوص الناسخ واما جلد علي رضه شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها او هو راي لا يقاوم اجماع الصحابة ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا احمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد اقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب اصلا واما تغريب المرأة فمع محرم واجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول وهو امتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله عم خذوا عني الحديث **قوله** لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام اخرجه مسلم وابو داؤد والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عم خذوا عني الحديث وتقدم لان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد والمسارة من ساوده اذا ساره ولنا قوله تع الزانية والزاني فاجلدوا شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ يفهم انه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان ابعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء للشرط فيفيد ان الواقع هذا فقط

ولان فيه فتح باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضـ كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراى فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضـ

فلو ثبت معه شيء آخر كان مثبتة معارضا لا مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة الممنوعة واما ما يفيده كلام بعضهم من ان الزنا بخبر الواحد اثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا بطلت اكثر السنن وانما ليست نسخا وتسميتها نسخا بمجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المامور به في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبته القرآن لم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف ممن ان الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ يفاد المعنى فاذا كان الاطلاق يراد بالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما اثبت فيه اللفظ المطلق ثم لا شك ان هذا نسخ وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب فظن المعترض ان الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييد التربص واذ لو تربصت ولم تحد من يد تمسها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة لانها اثبت الحديث واجبا لا انه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه ان هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ان ادعى نسخ هذا الخبر مستأنسا بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا النصف الآخر وانت تعلم ان هذا ليس بلازم بل تجوز ان يروى مثل ابعضها انتسخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى انه آحاد لا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من اخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطى من ظنه يصير قطعيا وادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك انه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك اليها فاحرى ان لا ينسخ به افادة الكتاب من ان جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لان الكتاب ساكت من نفي التعذيب فكيف وليس فيما يدل على ان الواجب من التعذيب يطلق الحد فان اقصى ما فيه لا انه قوله البكر بالبكر جلد مائة وتعذيب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في ان النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطف على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيد وجاز كونه تعذيبا للمصلحة واما مالك رحـ فراى ان الحديث ما دل الا على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك انه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وايضا فان نفس الحديث يجب ان يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على ان النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى الا ترى الى قوله البكر تستأذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعن تستحيي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم باودها ولا شك ان هذا المعنى في افضائه الى الفساد ارجح مما ذكره من افضاء قلة المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد احوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال علي ابن ابي طالب رضـ حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر رضـ ربيعة بن امية بن خلف في الشراب

واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله اعلم

الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا اغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام مصلحة في التغريب تعزيرا له ان يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من ابي بكر وعمر وعثمان وفي الترمذي ثنا كريب ويحيى بن اكثم قالا ثنا عبد الله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وان عمر رضي الله عنه ضرب وغرب الا انه قال حديث غريب هكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ادريس عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر رضي الله عنه ضرب وغرب الحديث وهكذا روي في رواية ابن ادريس عن عبيد الله بن عمر ومن رواية محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وقال الدارقطني بعد ان ذكر رواية ابن نمير وابي سعيد الاشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن رواه النسائي ثنا محمد بن العلاء ثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسال عنه لثقته وشهرته وقال ايضا عندي ان الحديث صحيح ولا يمتنع ان يكون عند ابن ادريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل ان في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين الحفاظ واما عن ابي بكر رضي الله عنه وعمر رضي الله عنه فلا اختلاف فيه وقد اخرج ذلك عنهما ايضا في الموطا واما رواية عن عثمان ففي مصنف ابن ابي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار عن مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم ارسل بها الى مولى يقال له المهري الى خيبر نفاها اليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كما غرب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب انه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل الى خمر فاشربها ام من سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشائخ السلوك المحققين رضي الله عنهم وحشرنا معهم يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد ومن هو قريب منه هو الذي ينبغي ان يقع عليه راي القاضي في التغريب لان هذا في ندم وشدة وانما نال زلة لغلبة النفس اما من لم يستحي وله حال عنهم عليه لغلبة النفس فنفيه لاشك انه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه **قوله** واذا زنى المريض وحده الرجم بان كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة اقرب اليه وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ لان جلده في هذه الحالة قد يؤدي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل او كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الايمان انه لا بد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لا بد ان يكون مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجديد الحد وظاهر انه قد يمرض اما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد مبرحا ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تاخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين **قوله** واذا زنت الحامل لا تحد حتى تضع حملها وجلد كيلا يؤدي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة لانه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت او كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد ولو طالت في التاخير وتقول لم اضع بعد او شهدوا على امرأة بالزنا فقالت انا حبلى ترى النساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل اجلها حولين فان لم تلد رجمها ثم الحبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك

ای ان تلد وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن ابي حنيفة اذا ولدت لا ترجم حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية انه ردها حتى تستغني فرجعت ثم جاءت وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفي حديث آخر قال لها حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال رجل من الانصار الي رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي انه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا اصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقد يحتمل ان يكون امرأتين ووقع في الحديث الاول تسميتها من الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة وفيه رجمها بعد ان وضعت

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود وكان الحد هو المقصود الاصلي لزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنا فقدمه واعطى احكامه لانها هي المقصود وذلك بثبوت سببه وحاصل احكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود اولا فاخر المص تعريفه الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزنا في عرف اهل اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان في اللغة معنى الملك امر ثابت قبل مجئ هذا الشرع وان كان هو في نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لا يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا من بعث آدم او من قبل بعثه بوحي يخصه او يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية او غيرها مخصوصة بالدين فان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدين والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك في انه تعريف للزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو اعم والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال عم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطي رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على ان فعله زنا وان كان لا يحد به فلولا قول المص الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يرد عليه شئ لكنه لما كان ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وح يرد على طرده وطي الصبية التي لا تشتهى ووطئ المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطي الرجل فالاولى في تعريفه انه وطي مكلف طائع مشتهاة حالا او ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره والصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطي العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا فلا يصدق عليه جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو مسمى زناها لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك في انه لا يشتمله الجنس الذي هو وطي المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة فعلها والحد بحاله وكون فعلها تبعا للفعل انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان اريد انها لا تسمى زانية حقيقة اصلا وان تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز ولا حاجة الى انه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلام السرخسي والمص وغيرهما في مسئلة ما اذا مكنت البالغ

لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤكد ذلك قوله عليه السلام ادرأوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية

العاقلة المسلمة مجنونا او صبيا على قول ابي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سياتي وبما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطي امر مشترك بينهما واذا وجد فعل الوطي بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هذه واطئة ولذا سماها سبحانه زانية واعجب من هذا الجواب انه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان وطيه ليس يصدق على تمكينها هو لهو فاذا جعل المجنس وطيا الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارج اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضي ان اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناهما فلا بد من زيادة قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفة قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الى آخره تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنا اي انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد في تحقيقه من ذلك وقوله يؤيد الحديث اي يؤيد الامرين معا وذلك انه لما افاد عدم الحرمة المطلقة لسبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عنه حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق اولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر انه في الخلافيات للبيهقي عن علي رض وهو في مسند ابي حنيفة رح عن مقسم عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات واسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم هو النخعي قال عمر بن الخطاب رض لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات واخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رض قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرءه ونقل عن ابن حزم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لا يحل ان يدرأ بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها واعلّ ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابي شيبة فانها معلولة باسحق بن ابي فروة فاما التمسك بما في البخاري من قوله عم ومن اجترء على ما يشك فيه من الاثم اوشك ان يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جهل حرمة شيء وحله فالورع ان يمسك عنه ومن جهل وجوب امر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل اوجب الحد ام لا وجب ان يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه ان بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع وايضا في اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسئلة فقد علمنا انه عم قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه ان يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها تركه والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء به اليه اسرقت ما اخاله سرق وللغامدية نحو ذلك وكذا قال علي رض لشراحة لعله وقع عليك وانت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك وانت تكتمينه وتتبع مثله من كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم ان هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار

فاذ خلا بن

فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق لقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت فى الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا فى الاولى وانما يسقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض فى الثانية فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهى فى العدة وبائنا بالطلاق على مال وهى فى العدة وام ولد اعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود ففى هذه المواضع لاحد اذا قال ظننت انها تحل لى ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم والممهورة فى حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها على حرام

ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشاك فيه شاكا فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه فانما يقع الاختلاف احيانا فى بعض ما هى شبهة صالحة للدرء اولا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء فى تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية الشبهة ثلاثة اقسام فى المحل والفاعل والجهة اما الشبهة فى المحل فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وامته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطىء امته المحرمة عليه برضاع او نسب او صهرية كاخته او بنته منهما او امه من الرضاع وموطوءة ابيه او ابنه يجب الحد على الاظهر واما الشبهة فى الفاعل فمثل ان يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا انها امرأته فلا حد واذا ادعى انه ظن ذلك صدق بيمينه واما الشبهة فى الجهة فقال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء واباح الوطء بها لا حد فيها وان كان الواطىء يعتقد التحريم كالوطء فى النكاح بلا ولى وبلا شهود واصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة اى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك اى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل **قوله** فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه اى من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل فى السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه انه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة اصلا لفرض ان لا دليل اصلا لتثبت الشبهة فى نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة اصلا والثانية وهى الشبهة الحكمية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته كقوله عليه السلام انت ومالك لابيك سواء ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة فى نفس الامر علمها احد او لم يعلمها **قوله** والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث يعنى قوله ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** والنسب يثبت فى الثانية اى فى شبهة المحل اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا لفرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو امر راجع اليه اى الى الواطىء لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت النسب منها لانه وطء فى شبهة العقد ويكفى ذلك لاثبات النسب وفى الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغى ان يكون كالمطلقة ثلثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلث او خلع ليس باعتبار وطء فى العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا ان نسب ولدها يثبت الى اقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعنى لانه اذا كان لاقل من سنتين امكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامها وانت علمت فى باب ثبوت النسب انها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه اما اذا ادعاه فلانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطء فى العدة لشبهة والكلام هنا مطلق فى عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل احد النصين على ما هو الاولى فى النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقى محال شبهة الاشتباه كجارية ابيه وامه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع ان يطأ جارية ابيه وكذا جده وجدته وان عليا او زوجته او المطلقة ثلثا فى العدة او بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال ففى من الحكمية او ام ولد التى اعتقها وهى فى عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة فى كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذه بمنزلة المرتهن ففى هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لى ولو قال علمت انها حرام على وجب الحد ولو ادعى احدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة

ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف

اذا ثبتت في الفعل من احد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة اطلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطيها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطيها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيهما لم يستقر للزوج والمشتري والمالك كان مسلطا على وطيها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل متزلزل والمشتركة بين الواطي وغيره والمرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لان المانع هو الشبهة وهي هنا قائمة في نفس الحكم اي الحرمة القائمة بها فيها شبهة انها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ونحوه ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن ان لا يحد وفي كتاب الحدود يحد ولا يعتبر ظنه لانه استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطي جارية الميت ووجه عامة الروايات انه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستاجرة اجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا ان ملك المال للغير في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في اثر سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف المبيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطي جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطي البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي ان يزاد جارية التي هي اخته من الرضاع وجارية قبل الاستبراء والاستبراء يفيد غير ذلك ايضا كالزوجة التي حرمت بردتها او مطاوعتها لابنه او جماعه امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيها قوله ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول ابي حنيفة ثلث شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان يطأ التي تزوجها بغير الشهود او بغير اذن مولاها وهي امة او وطي العبد من تزوجها بغير اذن مولاها قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية او خمسا في عقد او جمع بين اختين او وطي وقال علمت انها حرام لا حد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد قوله وقد نطق الكتاب لانتفاء الحل اذ قال فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه اي في الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها لانه خلاف بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لا اختلاف كائن بين الامة حال تردد المواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه في اول كتاب الطلاق من ان اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر رض على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما سلف

ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه

وصح عن علي رض وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفى ان ترتيب المص بالفاء بقوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل في الكتاب اذا وقع الثالثة بعد ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص **قوله** ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها وكذا يحرم عنده نكاح اختها واربع سواها ويمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن ان يقيس حل الوطي على بعض هذه الاحكام فيجعل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطي امرأة اجنبية وقال ظننت انها تحل لي جارية اجنبية على ما يأتي في غير موضعه **قوله** وام الولد اذا اعتقها مولاها وهي في العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمة ان يطأها في العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة بالكناية فمن مذهب عمر رض انها اي الكنايات رجعية وكذا عن ابن مسعود وفي مصنف عبد الرزاق ثنا الثوري عن منصور ثني ابراهيم عن علقمة والاسود ان ابن مسعود جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك فقالت انا طالق ثلث قال ابن مسعود اراها واحدة فانت احق بالرجعة وسألت امير المومنين عمر رض فقال ما قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال فانا ارى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب واخرج ابن ابي شيبة عنهما في مصنفه انهما قالا في البرية والخلية وهي مطلقة واحدة وهو املك برجعتها فاخرج محمد بن الحسن في الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب رض وعبد الله بن مسعود رض كانا يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها املك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية انها ثلث على ما اخرجه عنه ابن ابي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها انها واحدة او ثلث والله اعلم وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فان لم يقل احد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلثا بالكناية فوقعن فوطيها في العدة عن الطلاق الثلث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يحقق النجاسة به فوجهه ان قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما ان قوله عم انت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة تلغز فيقال مطلقة ثلث وطيت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية **قوله** ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابيه حال قيام ابنه وتقدمت المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجة عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وابي يريد ان يجتاح مالي قال انت ومالك لابيك واخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل الى النبي عم فقال يا رسول الله ان ابي يريد ان يأخذ مالي فقال عم ادعه الي فلما جاء قال عم ان ابنك يزعم

واذا وطی جارية ابيه اوامّه اوزوجته وقال ظننت انها تحل لی فلا حد عليه ولا علی قاذفه وان قال علمت انها علیّ حرام حدّ وكذا العبد اذا وطی جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطاً فی الانتفاع فظنه فی الاستمتاع محتمل فكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لی والفحل لم يدع فی الظاهر لان الفعل واحد

انك تاخذ ماله فقال سله بل هو الا عماته او قراباته او ما انفقه علی نفسی وعيالی قال فهبط جبريل عم فقال يارسول الله ان الشيخ قال فی نفسه شعرا لم تسمعه اذناه قال عم قلت فی نفسك شعرا لم تسمعه اذناك فهاته فقال لا تزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ثم انشأ يقول ؎ غذوتك مولودا ومنتك يافعا + تعل بما اجنی عليك وتنهل + اذا ليلة ضافتك بالسقم لم ابت لسقمك الا ساهرا اتململ + تخاف الردی نفسی عليك وانها + لتعلم ان الموت حتم موكل + كانی انا المطروق دونك بالذی طرقت به دونی فعينای تهمل + فلما بلغت السن والغاية التی اليك مراما فيك كنت اؤمل + جعلت جزائی غلظة وفظاظة + كانك انت المنعم المتفضل + فليتك اذ لم ترع حق ابوتی فعلت كما الجار المجاور يفعل + قال فبكی صلعم ثم اخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب انت ومالك لابيك وروی حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المص بعد هذا ويثبت النسب يقتضی باطلاقه ان يثبت نسب ولد الجارية من وطی والد سيدها وجده وان كان ولده الذی هو سيد الامة حيا فانه قال فی وضع المسئلة لا حد علی من وطی جارية ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب ای من واطی جارية ولده وولد ولده لكنه انما اراد من واطی جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حيوة الاب وما وقع فی نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابی الليث وجه اذا زنی بجارية نافلته والاب فی الاحياء وقال ظننت انها علیّ حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطة وانه سقط عليه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ولنفس ابی الليث صرح فی شرح الجامع الصغير انه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به فی الكافی وفی المبسوط ان من وطی جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم يثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتنی علی ولاية نقل الجارية الی نفسه وليس للجد ولاية ذلك فی حيوة الاب ولكن ان اقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ علی الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطی ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهی البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان فی حيوة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الی نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة اشهر فهو مصدق فی الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب فی الولاية فله ان ينقلها الی نفسه بدعوة الاستيلاد

قوله واذا وطی جارية ابيه اوامه اوزوجته وقال ظننت حلها لی فلا حد عليه ولا علی قاذفه وزفر يحده لقيام الوطی الخالی عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطی جارية اخته او عمته علی ظن الحل وكذا اذا وطی جارية مولاه فقال ظننت حلها لا يحد وان قال علمت حرمتها حد لان بين هؤلاء ای بين الانسان وبين ابيه وامه وزوجته والعبد وامة سيده انبساطا فی الانتفاع فظن ان معه الاستمتاع بخلاف ما بين الانسان واخيه وعمه علی ما يأتی فكان شبهة اشتباه الا انه زنی حقيقة فلا يحد قاذفه وقوله وكذا الجارية ای اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولائی او ابن مولائی او مولائی يحل لی او زوج سيدتی وكذا فی الاخرين والفحل لم يدع ذلك لا يحد فی ظاهر الرواية لان الفعل واحد وروی الحسن عن ابی حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت فی التبع وهی المرأة لانها تابعة للزنا فلا تكون متمكنة

وان وطي جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا
ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطيها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه
اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه
الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطيها فعليه الحد لانه لا اشتباه
بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان
اعمى لانه يمكنه التمييز بالسوال وغيره الا اذا كان دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل

في الاصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت في الاصل يستتبع التبع واجيب بان الفعل لما كانت واحدا له نسبة اليهما
كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه واورد عليه ما ذكر في البالغ بصبية يحد هو دونها اجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا لشبهة
في الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحد عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست اهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت
في الفعل نفت الحد عنهما فيه واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده **قوله** فان وطي جارية اخيه
او عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى
هذا انه علم ان الزنى حرام لكنه ظن ان وطيه هذه ليس زنى محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد ان يعلم ان الزنا حرام وانما يتفقه
مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال ظننت انه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله اول يوم دخل الدار لان الزنا
حرام في جميع الاديان والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم اصلي انه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو
اراد ان المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان تعليل الحد وهو غير صحيح لان الشرع لما
اوجب على الامام ان يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام
لانه لا يجب على الزاني ان يحد نفسه ولا ان يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين ربه التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد
على الامام هذا وارد انه لو سرق من بيت اخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر ان بينهما انبساطا اجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخوله في
بيت هؤلاء بلا حشمة واستيذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع اما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا **قوله** ومن زفت
اي بعثت اليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطيها لا حد عليه وعليه المهر وهذه اجماعية لا نعلم فيها خلافا ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة
اشتباه عند طائفة من المشائخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطي ولا يثبت من الوطي عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة
دليل فان قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطي فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطي الامة اذا جاءت الى رجل
وقالت مولاي ارسلني اليك هدية فان كان دليلا غير صحيح في الواقع اوجب الشبهة التي يثبت معها النسب على معرفة العدة **قوله**
ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطي لانه وطيها على انه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا
يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطيا حلالا ظاهرا واجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر التحق الظاهر بالعدم والمعتبر في ايراث الشبهة ويثبت
سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا
والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه اشكل عليه ثبوت النسب واطلقوا ان فيها لا تثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى انه
لو قال علمتها حراما علي لعلي لكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار
يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو انت ومالك
لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير انه يستثنى من الحكم المرتب عليه اعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه
بهذه والمعتدة فظهر عدم انضباط ما عهد من احكام الشبهتين **قوله** ومن وجد امرأة على فراشه فوطيها فعليه الحد خلافا للائمة

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطيها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح لكنه يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات

الثلاثة مالك والشافعي واحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا ان المسقط شبهة هنا اصلا سوى ان وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها فلم يستند الظن الشرعي الا الى اصل ولا يصلح دليل حل فكان كما لو ظن المستاجرة للخدمة والمودعة حلا فوطيها فانه يحد قال وكذا اذا كان اعمى لان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه وتمييزه يحصل بالنغمة والحركات المالوفة فيحد ايضا الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل وجازت به النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك لانها لو لم تقل بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطيها يحد لانه يمكن التمييز باكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في الطمينان النفوس الى انها هي **قوله** ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه وابنته فوطيها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هي اشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعي اي ابو يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد يجب حده اذا كان عالما وكان يجب ان يوسط الضمير المنفصل فيقول فقالا هما والشافعي لما عرف ان العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا ان يفصل بضمير منفصل او غيره على قول والا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع او صهرية متفق عليه واما غير ذلك ففي الكافي لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدة ومطلقة الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج امة على حرة او تزوج مجوسية او امة بلا اذن سيدها او تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد وفي بعض الشروح اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة واخت المرأة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد والامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذه لا يجب الحد عند ابي حنيفة رح وان قال علمت انها علي حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الاتفاق على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح في محل الخلاف فعندهما يحد واضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحريم على التابيد لكن قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما [illegible] ... في محارم فقط وهذا هو الذي [illegible] ... ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما انه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غيره عندهما [illegible] ... قال مثل ان يتزوج مجوسية او خامسة او متعة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها

ولابي حنيفة رح ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات بني آدم قابلة للتوالد وهو المقصود فكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله ... ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول ابي حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما ... في الروا... في مسئلة المحارم رواية عن جابر رض انه تضرب عنقه ونقل عن احمد واسحاق واهل الظاهر وقصر ابن حزم قتل ... اذا كانت امرأة ابيه ... الحديث الآتي عنه ... ولا حد تضرب عنقه في رواية اخرى ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له اين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة ابيه ان اضرب عنقه واخذ ماله وهذا الحديث رواه ابو داؤد والترمذي وقال حديث حسن روى ابن ماجة عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه واجيب بان معناه انه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق واخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة ابيه ان يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على انه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك انه ذكر في الحديث عرس بها والتعريس بها لا يستلزم وطيه اياها وغير الوطي لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو من نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطي كان قتله جائزا كونه لوطيه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بانه ايضا لا يتعين كونه للوطي فلا دليل فيه على احدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا اجاز فيه احد الامرين انه للاستحلال او امر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد انه وطي في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي اهل للحد عالم بالتحريم فتجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا يوجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة كما لو اكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف ان هذا العقد يوجب شبهة ام لا فعندهم لا لما ذكر وعند ابي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على انه ورد على ما هو محله او لا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست بقبول الحل بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتأمل يسير يظهر انهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها ارادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد اي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو من حيث اثبت محليتها اراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فان قلت فقد اطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح انثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب ان المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وانت علمت ان ابا حنيفة انما اثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في ان اي الاعتبارين في ثبوت المحلية اولى لكونه قابلا للمقاصد او كونه محلا ان نظر الى المعنى وهو ان الاصل ان يتبع المحل قيام الحاجة لتندفع به وهو المقصود ترجح قوله او الى السمع اعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع ما انها انما فيها عدم المحل ترجحا وقد رجح قول ابي حنيفة رح بقوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر

ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء

بما استحل من فرجها حكم بالبطلان ثم اوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق لكونه لا نعتبره وحمل على الظاهر لا يضر لانه بالاذن دليلين احدهما انه آيل الى البطلان باعتراض الولي ان كان غير كفو والآخر تخصيصه بما اذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو اقرب التاويلين لعدم وجود الشبهة لمقتضي تسخ ولي الصبية ... كفارة من وجه المرأة انفسها منه وقد حكم فيه بالمهر وهو الحل لكن في ... قال فهو على قولهما ولعل وجه ان تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب في دفع بان من المشائخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة ... ثبوت الحل من وجه وهي منتفية في المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلما شبهة الثبوت بوجه من الوجوه الا ترى ان ابا حنيفة الزم عقوبته باشد ما يكون وانما لم تثبت عقوبة هي الحد فعرف انه زنى محض عنده الا ان فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومع شبهة العقد ما اذا استاجرها ليزني بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالا هما والشافعي ومالك واحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما اذا استاجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله ان المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة يكون محلا للعقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستيجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد وهذا لو قال استاجرتك او خذي هذه الدراهم لاطاك والحق في هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد ان فعل الزنا مع قوله ازني بك لا يحد معه للفظة المهر معارض له قوله ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج بان اولج في سرتها او بطنها ونحوه ليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية يعزر لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله ما اذا اتت امرأة امرأة اخرى فانهما تعزران كذلك قوله ومن اتى امرأة اي اجنبية في دبرها او دون الفرج في الموضع المكروه او دبرها او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان او غير محصن سياسة اما الحد المقدر شرعا فليس حكما له وقالا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن محصنا ورجما ان كان محصنا وذكر في الزيادات ان الخلاف في الغلام اما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاد ان رأى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وامته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة في الجنة اي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا يكون وان سمعا فقط جاز ان تكون والصحيح انها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من احد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها وقال الشافعي في قول يقتلان في وجه بالسيف بكل حال اي بكرين كانا او ثيبين وفي وجه يرجما بكل حال وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر وهو الصحيح من مذهبه يحد جلدا وتغريبا ان كان بكرا ورجما ان احصن وجه القتل ما رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذي انما نعرف هذا من حديث ابن عباس رضي الله عنه عن عمرو من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحاق

ولہ انہ لیس بزنا لاختلاف الصحابة فی موجبہ من الاحراق بالنار وہدم الجدار والتنکیس من مکان مرتفع باتباع الاحجار وغیر ذلک ولا ہو فی معنی الزنا لانہ لیس فیہ اضاعة الولد واشتباہ الانساب وکذا ہو اندر وقوعا لانعدام الداعی فی احد الجانبین والداعی الی الزنا من الجانبین وما رواہ محمول علی السیاسة او علی المستحل الا انہ یعزر عندہ لما بیناہ

عن عمرو بن ابی عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم یذکر فیہ القتل وروی عن عاصم بن عمر عن سہیل بن ابی صالح عن ابیہ عن ابی ہریرة رضی اللہ عنہ عنہ علیہ السلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول بہ وفی اسنادہ فقال ولا نعلم احدا رواہ عن سہیل بن ابی صالح غیر عاصم بن عمر العمری وہو یضعف فی الحدیث من قبل حفظہ ولصاحب السنن رواہ احمد فی مسندہ والحاکم وقال صحیح الاسناد وقال البخاری عمرو بن ابی عمرو صدوق لکنہ روی عن عکرمة مناکیر وقال النسائی لیس بالقوی وقال ابن معین ثقة ینکر علیہ حدیث عکرمة عن ابن عباس عنہ علیہ السلام اقتلوا الفاعل والمفعول بہ وقد اخرج لہ الجماعة واخرجہ الحاکم بطریق آخر وسکت عنہ وتعقبہ الذہبی بان عبدالرحمن العمری ساقط واذا کان الحدیث بہذا الشأن من التردد فی امرہ لم یجز ان یقدم بہ علی القتل مستمرا علی انہ حد ولو سلم حمل علی قتلہ سیاسة ولہما انہ فی معنی الزنا لانہ قضاء الشہوة فی محل مشتہی علی وجہ الکمال لمجرد قصد سفح الماء بل ابلغ حرمة وتضییعا للماء لان الحرمة قد تنکشف بالزنا بالعقد وقد یتوہم الولد فیہ بخلاف اللواطة فیہا فیثبت حکم الزنا لہ بدلالة نص حد الزنا لا بالقیاس ولابی حنیفة انہ لیس بزنا ولا معناہ فلا یثبت فیہ حدہ وذلک لان الصحابة اختلفوا فی موجبہ فمنہم من اوجب فیہ التحریق بالنار ومنہم من قال یہدم علیہ الجدار ومنہم من نکسہ من مکان مرتفع مع اتباع الحجارة فلو کان زنا فی اللسان او فی معناہ لم یختلفوا بل کانوا یتفقون علی ایجاب حد الزنا علیہ فاختلافہم فی موجبہ وہم اہل اللسان اول دلیل علی انہ لیس من یسمی لفظہ الزنا لغة ولا معناہ واما الاستدلال بقول القائل من کف ذات حر فی زی ذی ذکر لہا محبان لوطی وزناء فلعدم معرفة من ینسب الیہ نعم وقول من قال ان اہل اللغة فرقوا بینہما حیث قال قائلہم من کف ذات حر فی زی ذی ذکر لہا محبان لوطی وزناء غلط وذلک انہ لیس لعربی بل ہو من شعر ابی نواس کان مولدا لا یثبت اللغة بکلامہ فی قصیدتہ التی اولہا

دع عنک لومی فان اللوم اغراء ✦ وداونی بالتی کانت ہی الداء

وہی قصیدة معروفة فی دیوانہ مع انہ ینبغی الشریعة عن امثالہ تطہیر کتبنا وایضا لا یثبت دلالة لان المعنی المحرم فی الزنا لیس اضاعة الماء من حیث ہو اضاعة الماء من حیث ہو اضاعتہ لجواز العزل بل افضاؤہ الی اضاعة الولد الذی ہو اہلاک معنی فان ولد الزنا لیس لہ اب یربیہ والام بمفردہا عاجزة عنہ فیثبت علی سوء الاحوال ولانہ قد یدعیہ بعض السفہاء وان لم یثبت نسبہ شرعا فیختص بہ وینفعہ ویشینہ من ہولہ فیقع التقاتل والفتنة ولیس شیء من ذلک فی اللواطة وکذا ہو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعی فی الجانبین علی الاستمرار بخلاف الزنا المتحقق من الجانبین فیہ علی وجہ الاستمرار لقدرة وقوع الزنا بصبیة لا تشتہی اصلا اذ قل ما یکون ذلک ولا عبرة بزیادة الحرمة فی ثبوت عین موجب الآخر ولذا لا یحد بشرب البول المجمع علی نجاستہ ویحد بشرب الخمر فیلزم من ہذا ان لا یثبت الحد بطریق الدلالة الا اذا کان فی المساوی من کل وجہ دون الاعلی بل ذلک قد یکون لہ زاجرا اقوی وقد لا الا ابعاد عقاب الآخرة واما تخریج ما عن الصحابة فروی البیہقی فی شعب الایمان من طریق ابن ابی الدنیا ثنا عبداللہ بن عمر ثنا عبدالعزیز بن ابی حازم عن داود بن بکر عن محمد بن المنکدر ان خالد بن الولید کتب الی ابی بکر انہ وجد رجلا فی بعض نواحی العرب ینکح کما تنکح المرأة فجمع ابوبکر الصحابة فسألہم فکان من اشدہم فی ذلک قولا علی رضی اللہ عنہ قال ہذا ذنب لم تعص بہ الا امة واحدة صنع اللہ بہا ما علمتم نری ان نحرقہ بالنار فاجتمع رای الصحابة علی ذلک قال ورواہ الواقدی فی کتاب الردة فی آخر ردة بنی سلیم وروی ابن ابی شیبة فی مصنفہ ثنا غسان بن مضر عن سعید بن یزید عن ابی نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللوطیة قال ینظر اعلی بناء فی القریة فیرمی منہ منکسا ثم یتبع بالحجارة ورواہ البیہقی ایضا من طریق

ومن وطى بهيمة فلا حد عليه لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية وفى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذى يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى فى دار الحرب او فى دار البغى ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعى رح يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود فى دار الحرب

ابن ابى الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوم لوط اهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك فى اتباع الهدم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحبسان فى انتن المواضع حتى يموتا نتنا واما استدلالهم بتسميتها فاحشة فى قوله تعالى اتاتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين فمدفوع بان الفاحشة لا تختص لغة بالزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المص رح انه يعزر لما بينا يعنى انه منكر ليس فيه شئ مقدر قوله ومن وطى بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى ببهيمة لانه الزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك بغلبة الشهوة فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه قوله ولهذا لا يجب ستره فى البهيمة الا انه يعزر لما بينا انه منكر ليس فيه تقدير شرعى ففيه التعزير والذى يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيتاذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهى مما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان لملكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كان مما تؤكل اكلت وضمن عند ابى حنيفة رح وعند ابى يوسف رح لا تؤكل والمراد بالمروى ما روى اصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنه من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قلت له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره ان يؤكل لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس رض هذا هو المتمسك لابى يوسف فى عدم اكلها الا ان المعنى الذى عينه الاصحاب من قطع التعيير اقرب الى النفس رواه ابن ماجة عن ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن ابى عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا واما ابراهيم بن اسماعيل بن ابى حبيبة فقال احمد ثقة وقال البخارى منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف ابو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو انه روى عن عاصم بن ابى النجود عن ابى رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذى ياتى البهيمة حد وهو الذى روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتلهما وتاويله الندب او انفاقا ومحال ان يروى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القتل ثم يخالفه وكذا اخرجه الترمذى والنسائى وقال الترمذى هذا اصح من الاول ولفظه من اتى بهيمة فلا شئ عليه واخرج الحاكم حديث عمرو بن ابى عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد قوله ومن زنى فى دار الحرب او فى دار البغى ثم خرج الينا فاقر عند القاضى به لا يقام عليه الحد وعند الشافعى ومالك رح يحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه قلنا سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمة بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضى فيقضى باقامته عليه وليس الكلام فى هذا بل فى نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل فى غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة على الزانى مطلقا اينما كان زناه ونحن نقول امتنع بالنص وهو قوله عم لا تقام الحدود فى دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه فى دار الحرب ولا وجوب لا يعرى عن الفائدة لان المقصود الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب على وجوبه فلم ينقلب موجبا له حال عدمه واما الحديث المذكور وهو قوله عم لا تقام الحدود فى دار الحرب لم نعلم له وجود وروى محمد فى كتاب السير الكبير عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق

ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزى من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة

في دار الحرب اصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله اعلم به وعن الشافعي قال قال ابو يوسف ثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو وقال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمر عن عمر بن الخطاب رضه كتب الى عمير بن سعد الانصاري والى عماله ان لا يقيموا الحدود على احد من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وانت تعلم ان هذا نوع انقطاع ومعتقد ابي يوسف انه داخل في الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من احد المجتهد الا للعلم بثقته ولا يضر على مبنى المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من ائمة الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن شيبة في مصنفه ثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن ابي مريم عن حكيم بن عميرة وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار انتهى اثر آخر رواه ابن شيبة ايضا ثنا ابن المبارك عن ابي بكرة بن عبد الله بن ابي مريم عن حميد بن ابي عتبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على احد حد في ارض العدو واخرج ابو داؤد والترمذي والنسائي عن بشر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو ومخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام اقام عليه الحد واعلم ان مع الاوزاعي احمد واسحاق فمذهبهم تاخير الحد الى القفول وبشر بن ارطاة ويقال ابن ابي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة اهل المدينة ينكرون سماع بشر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بشر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال اهل الحرة انتهى فلو انه سمعه منه عرم لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من اعوانها والحق ان هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب العمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى تخرجوا الى ارض المصالحة انه ح يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الارض المصالحة ح يقيم عليه حد الزنا اذا زنى فعلنا اطراح احتمالين الاول ولو سلم احتمالها على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انها معارضة بما اخرجه ابو داؤد وفي المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وايضا معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان اجيب بانه عام خص منه موضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطي في غير ملك وشبهته فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه لا تخرج مخصصا اولا واما الدليل العقلي المذكور فعليه ان يقال لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب ان لا فائدة في الايجاب انما ذكر لو عجزه مطلقا فجاز ان يثبت الوجوب في الحال معلقا في القدرة فلن يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه ان يقال فجاز ان يثبت في الحال تعليق الايجاب بالقدرة اي اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة فان المعلق بالشرط كذلك وح جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن اين دليله فان الآيات انما تقيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم ان القدرة

وإذا دخل حربي دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح في الذمي يعني إذا زنى بحربية فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول أبي يوسف رح أولاً وقال أبو يوسف رح يحدون كلهم وهو قوله الآخر لأبي يوسف رح أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصاً بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته ولهما أنه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا حق الشرع ولمحمد رح وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره إن شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الأصل نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولأبي حنيفة رح فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رح لا تحد

شرائط التكاليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فأين دليل تعليق الإيجاب حال زنى الزاني في دار الحرب باقتدار الإمام عليه فإذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تخييره فإن أجيب بأن تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه لا يقام إذا رجع إلى دار الإسلام الإقامة يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أبي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وأيضاً قد يقال عليه لا نسلم أن حال الزنا يجب على الإمام الإقامة بل إنما يجب إذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلاً وفرض المسئلة أنه زنى في دار الحرب ثم أقر عند القاضي بعد الخروج أو شهد به عليه في غير تقادم وعند مالك هو قادر فيتعلق به إيجاب الإقامة والمذهب خلافه والله أعلم قال ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لأنه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من العسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد إلى العسكر لا يقيمه ويفيد أنه لو زنى بالعسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الفتح له أن يقيمه للولاية أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لأنه لم يفوض إليهما الإقامة

قوله وإذا دخل حربي دارنا بأمان وهو المستأمن فزنى بذمية الخ حاصل المسئلة إذا زنى الحربي المستأمن المسلمة أو الذمية فعليهما الحد دون الحربي في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف أولاً لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعاً وقال محمد بقوله الأول فصار فيها ثلاثة أقوال قول أبي حنيفة يحد المزني بها المسلمة والذمية وقال محمد لا يحد واحد منهم وقول أبي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لأنه لو زنى بحربية مستأمنة لا يحد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يحدان ذكره في المختلف وإن زنى المسلم أو الذمي بالحربية المستأمنة حد الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحدان جميعاً والأصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند أبي يوسف يجب الكل إلا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقاً لأنه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقاً لأن فيه حق العبد فاختلفوا في حد الزنا والسرقة عند أبي يوسف يجب وعندهما لا وجه أبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصاً ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لأنه معتقد إباحته ووجه أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقتضيها ويرجع وعلينا أن نمكن من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزماً جميع أحكامنا في المعاملات بل لا يرجع منها إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير أنه لابد من اعتباره ملتزماً الانصاف كف الأذى إذ قد التزمنا له بأمانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند إعطاء الأمان بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والإجبار على بيعهما فإنه من حقوق العباد لأن في استخدامه قهراً إذلالاً للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهد وذمم ولمحمد رح وهو الفرق بين المسلم أو الذمي إذا زنى بمستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية إذا زنت بمستأمن لا يجب الحد عنده عليهما أن الأصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلاً على ما سنذكر فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه

قال واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كل منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية اولكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

في حق الاصل اي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية او مجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي او المجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا امكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المستامن زنى لكونه مخاطبا بالمحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق احكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين الا انه امتنع حده لان اقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحد هي لان المانع حصنه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا او مجنونا لانهما لما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنى فلم تكن من الزنا ونظيره ما لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة عند ابي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد قوله واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو قول زفر والشافعي رواية عن ابي يوسف وهو قول مالك واحمد وان زنى صحيح اي عاقل بالغ بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع ولهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فهكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله وقد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بالة وقد وجد الا ترى انه سبحانه وقع سماها زانية وهو ليس الا بذلك وهو يدل على انها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه لان اهل اللغة اخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة وانما هي محل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجاز التسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق اي مرضية ومدفوق لكونها مسببة لزنى الزاني بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من فعل هو زنا والزنا فعل من هو منهي عنه ومؤثم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلنا انها بالتمكين صح زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور ان يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طالبة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطء المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا اولا فالجواب ان تسميتها زانية حقيقة او مجازا كونه بالتمكين من الزنا انسب من كونه مما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثل هذا لكن بقي ان يقال كون الفعل الزنا في اللغة وهو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب ان هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام اهل اللغة انهم لا يسمون فعل المجنون زنا واحتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا يحد به والله اعلم وما ذكرناه يندفع

قال ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان ابوحنيفة رحمه الله يقول اولا يحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لانه قد يكون من غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا او مجنونا يمنع الحد عليها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين اقرت بالزنا بل زنى بك مجنون او صبي كما انه استفسر ماعزا فقال ابك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فانه استراب امره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية ابك جنون مع انها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها فاورد انه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطء في غير الملك لا يخلو عن احدهما اما العقر وهو مهر المثل او الحد كما لو زنى الصبي بصبية او مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب اجيب بالفرق وهو ان الايجاب عليه هنا لا فائدة فيه لانا لو اوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لانها بالمطاوعة صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك وصح الامر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة او صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم ولايتها في المكرهة وعدم الامر اصلا فكان الايجاب مفيدا واما ايراد القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكرهة بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فورود ما بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع **قوله** ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابوحنيفة اولا يقول يحد وهو قول زفر به قال احمد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد الانتشار الآلة وهذا آية الطواعية فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل اثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المرأة على الزنا فانه للتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا يحد اجماعا ثم رجع ابوحنيفة فقال لا يحد الرجل المكره ايضا لان السبب الملجئ الى الفعل قائم ظاهرا وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل لان يكون مع ذلك ... وقد يكون لريح تسفل الى المحل ... من النائم ولا قصد منه فلا يترك اثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل فان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا الى الزنا ولذا عند زفر واحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قال الانتشار دليل الطواعية الى ما ذكرناه آنفا قال الانتشار لا يستلزم الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن ابي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به **قوله** ومن اقر اربع مرات هذا على وجهين احدهما ان يقر الرجل في اربع مجالس انه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني او اقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقر او عقر فلزم لها المهر وان ردته الا ان تبرئه منه واعلم ان وجوب المهر انما هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المعترف فان حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينقض بعد الاقامة ثانيهما ان تقر اربعا كذلك انه زنى بفلانة وقالت

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورثت شبهة

فلانة ما زنيت به ولا اعرفه او اقرت هي بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر بالزنا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسيأتي ولابي حنيفة رح ان الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه وادرث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر به فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق وقال زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا انكرت ثبتت شبهة يدرء بها الحد عنه فاذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار اصل الفعل اولى قلنا خصصنا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل بن سعد فانه روي ان رجلا اقر بالزنا بامرأة فانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داؤد وفي شرح الطحاوي ولو لم تدع المرأة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا قوله ومن زنى بجارية فقتلها اي بفعل الزنا فانه يحد وعليه قيمتها وانما قيده بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا

... بلفظ حين تقييده انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد رح لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف رح في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي واحمد رح لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداوة تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المص حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها او ملكها بالفداء بان زنى بجارية جنت اليه فدفعت اليه بالجناية او بالشراء او النكاح انه لا يحد في ذلك كله وعند ابي حنيفة يحد في الكل وقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيوخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافات فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين

قال وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

على العاقلة ولا يجب بالغصب ما يغصب وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم والدم ليس بمال ثم تنزل فقال حاصله لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القائم دون الفائت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما ليثبت بشبهة قيام المنافع فيثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك بسبب الضمان ملكت ملك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وآل هذا التقرير الى ان الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع فانها كانت ثابتة بشبهة ملك العين لا حقيقة وبحقيقته لا تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير ان ابا يوسف اثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس احد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررنا وبقليل تأمل تظهر ما في تقرير المصنف للمتنزل من التساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن انفصال قوله بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب قيمتها ويسقط بها الحد لان الملك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة اي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد اما هنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت اولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف وثمرته ان الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد لو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد ان يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب ان لا يحد والا وجب ضمانان بازاء مضمون واحد اجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان اوله جراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا [illegible]

وفي جامع قاضي خان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق **قوله** وكل شيء فعله الامام الذي ليس فوقه امام مما يجب فيه الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يؤاخذ به الا القصاص والمال فانه اذا قتل انسانا او اتلف مال انسان يؤاخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا والمغلب في حد القذف حق الشرع فكان كيفيته كبقية الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لا انه شرط واورد عليه بالمانع من ان يولي غيره ليحكم فيه بما يثبت عنده كما في الاموال غير انه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق الله استوفاه العبد او حق لعبد استوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص الا ان الامام الى جعله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما فهم ان المخاطب بالجلد الامام ان يجلد غيره والله اعلم وقد يقال ان ليس الايجاب الا لحسابه والله سبحانه اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنه قدم ان الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لقلة وجوده وما ثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما ثبت بالاقرار اندر نادر لضيق شروطه المقتضي للاعدام وهو ان يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة والصائم يثبت

قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر وإنما شرطت للمال ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما

قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة فإنهم كلهم لم يحدوا بالإقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده عم وعند الصحابة **قوله** وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل الشهود إلا في حد القذف خاصة فقوله متقادم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب أي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهد بحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم جملة في محل جر لأنها صفة النكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل ما هو من نحو مرض أو خوف طريق ولو في بعد يوم ونحوه من الأعذار التي تظهر أنها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادة مفيدة وهي قوله في الجامع وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو شرب خمر أو زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فإن أقر هو بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا وتحقيق ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره الأصل أن الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي العبارة تساهل مشهور فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة في الحدود القائمة والإقرار بها أربعة مذاهب الأول رد الشهادة بها وقبول الإقرار بها سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والقذف وهو قول محمد الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة والرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم يعقل الفرق وجه قول محمد واستدلال الشافعي في الآخر بإلحاقه بالإقرار أنهما حجتان شرعيتان يثبت كل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عم لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أي متهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الأصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين الستر احتسابا لقوله عم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك والشهادة به احتسابا للمقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فمثل الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي وإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين إما الفسق وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركته حدوث عداوة بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة إذ الإنسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فيتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فإن قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع إلى الحد لا يشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله وباعتبار المال يشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما بل لا ينفك عن الأمرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر رحمه الله حتى لو هرب بعد ما ضُرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود

ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها انه اذا شهدوا بها على الانسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود به عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى في القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلابد من تضمين الشهادة بسرقة الشهادة بهلاك المسروق منه والشهادة بالملك الانسان توقفت قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا اخر رددناه في حق الحد لا المال بل الزنا والمال بخلاف ...

والايتاني بالحد لان الثابت بهناك شبهة الشبهة فلا تعتبر وبدونها السرقة لا يثبت اصلا الا لثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال ان يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة لمبرء بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم واجاب ثانيا بان بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله سبحانه وتعالى اقيم التقادم في حقوق الله تعالى مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة ادير على السفر فلا يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فرد بالتقادم لا يخفى ان الشهادة بالتقادم التي للتهمة محل التهمة ظاهر يدركه كل احد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق الله تعالى ولا يصح تشبيه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة فيه فينيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة الى الانضباط ولا حاجة فيما نحن فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتأخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب انما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليه وما لم يكن فالى المدعي على ما قال قاضي خان انما لم تقطع في السرقة بعد التقادم لا للتهمة في الشهود ولان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان بتأخير الشهود الشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة اياما او الا تأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم لعلمه باعلامهم او لغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله حلال السرقة يقام على الاستمرار على غيره من المالك فيبطل على الشاهد باعلامه وبالكتمان يصير فاسقا انما يقتضي ان ترد في حق المال ايضا للفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا بعد التقادم يثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور

قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه وهو قول زفر قول الائمة الثلاثة لان التأخير بعذر هربه وقد زال العذر ولنا ان الامضاء الى الاستيفاء من القضاء بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابة تعالى الحاكم في استيفاء حقه فاذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء او هو هنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلاف

تقبل

واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

ن حقوق غيره تعالى فانه فيها لاعلام من له الحق بحقيقة حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو في حقوقه تعالى استيفاؤه واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بغير حقه اجماعا وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعنده هو ما لم يطرأ انقضاها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا او ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها ببقائهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم انما يبطل في ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم اسباب بلا توان منها لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان رد ما انيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه انيط بتقادم عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلي هذه المقولة زيادة فيه ان شاء الله تعالى **قوله** واختلفوا في حد التقادم اشار محمد في الجامع الصغير الى انه ستة اشهر حيث قال شهدوا بعد حين لو جعلوه عند عدم النية ستة اشهر على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وابو حنيفة لم يقدره قال ابو يوسف جهدنا بابي حنيفة رح ان يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم وما لا يعد تفريطا غير تقادم واحوال الشهود والناس تختلف في ذلك العرف فانما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأي متعذرة وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل على ما في مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلا نقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو الاصح وذكر هذه الرواية صاحب المجرد قال ابو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنى فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه قال ابو العباس الناطفي فقدر على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد وهذا اعني كون الشهر فصاعدا يمنع قبولها اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة فقد نظر في هذا التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو مخالف ما ذكره من قريب انه بعد ما انيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الا ان يقال اذا كان المانع البعد او المرض ونحوه من الموانع الحسية المعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط بل هو مما لم يكن هذه الموانع من الشهادة ويجاب بان هذا رجوع في المعنى الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه احد الامرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر اما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما وستاتي هذه ان شاء الله تعالى **قوله** واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وهي غائبة فانه يحد اجمع الائمة الاربعة عليه وكذا لو اقر بالزنا بغائبة يحد الرجل لاجماعهم لحديث ماعز فانه اقر بغائبة على ما تقدم وذكرها ورجمه عليه السلام ونقل الليث عن ابي حنيفة انه كان يقول اولا لا يحد حتى تحضر المرأة لاحتمال ان تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع

وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهي الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما

الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول فان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرأة لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين واحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما شبهة الشبهة اجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو لان ... فاحتماله هو الشبهة وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتمال شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فاعتباره باطل والا ادى الى نفي كل حد فان ثبوته بالبينة او الاقرار والذي يثبت به يحتمل ان يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل ان يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجهه ان شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر وارث به شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع شبهة الشبهة **قوله** وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر انها امرأته وامته فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا امتي لم يحد ايضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد واما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد فيقتضي انه لو قال اربعا حد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا فرع علمه انها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم اعرفها اي باسمها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس مسقطا للحد

قوله وان شهد اثنان حاصلها انه شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة الا ان رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند ابي حنيفة يدرى الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم اي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما اي الفريقين . وعليه قوله وتفرد واحد بهما بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين بزيادة جناية منه من الاكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه فتعارضوا فعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة او مجنونة ولابي حنيفة انه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل اي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من ان تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تاثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلاف المشهود عليه واختلاف القول من اقوى الشبهة انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم

ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

الشهادة على اثنين او واحدا او يوشد في الحكم لان حاصل ذلك ان الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وبنوجه الموجب للحد عندهما ولا فائدة لابي حنيفة رح في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا اثر له ولا يفيد في المقصود فائدة يعتد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان كان التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو امر مفروض فرضا لا فائدة فيه اصلا ولهذا اهمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله ان المشهود [illegible] بين الدين بها الاختلاف لنصاب الشهادة فلا يجب شئ وهذا لان الزنا فعل يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني ان الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهد وشهما بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة اربعة وقول المص يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض انه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه في وجوده بهما قوله ولان شاهدي الطواعية لما اندرئ الحد عنها صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم فكان مقتضاه ان يحدا حد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقط شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف تحتاج اليه عندهما على ما ذكره في جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند ابي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم من كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه واما عندهما فلان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الاكراه اسقطا الى آخر ما ذكرناه قوله وان شهد اثنان اي شهد اربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا انه زنى بها بالكوفة والآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة وهو الشهادة اربعة ولا يحد الشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل زنا ما صار واقفه كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصفة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل ان في الزنا شبهة اوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة اوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا اظهر لقوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة قوله وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا اعني حد الرجل مع هذا الاختلاف استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فيصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان انهم اتفقوا على فعل واحد حيث

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

نسبوه الى بيت واحد صغيرا اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في وجه يظن انه اليه اقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فهو كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة او حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار الى اخرى بتحركهما عن الفعل واما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك ايضا قائم في البلدين نعم اساهم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب درؤه اجيب بان التوفيق مشروع صيانة للنصوص عن التعطيل فانهم لو شهد اربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زنا هو في غير الوقت وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخرون وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه اجيب بان التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول اذا اختلفوا في الطول والقصر او في السمن والهزال وفي انها بيضاء او سمراء او عليها ثوب احمر واسود تقبل في كل ذلك فقد استشكل على هذا مذهب ابي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا تجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا **قوله** ولو شهد اربعة انه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن وشهد اربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على احد منهم اما عنهما فلا تيقن بكذب احد الفريقين غير عين اذ الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب احد بالشك واما في الشهود فلا تيقن بصدق احد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا الا انه يخص بظهورها من الافق ويحمل تكرار الفعل ودير هند دير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير واقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة ايام امارته على الكوفة فقالت والصليب في ما رغبة بالجمال ولا لكثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر والا فاي رغبة لشيخ اعور في عجوز عمياء فصدقها المغيرة وقال في ذلك

ادركت ما منيت نفسي خاليا … لله درك يا ابنة النعمان
فلقد رددت على المغيرة ذهنه … ان الملوك ذكية الاذهان
اني لحلفك بالصليب مصدق … والصليب اصدق حلفة الرهبان

فكانت بعد يدخل عليه فسألها يوما عن حالها فقالت

فبينا نسوس الناس والامر امرنا … اذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فاف لدنيا لا يدوم نعيمها … تقلب تارات بنا وتصرف

ذكر هذا ابن الشجري في اماليه على القصيدة النازلية للشريف الرضي التي اولها

ما زلت اطرق المنازل بالنوى … حتى نزلت منازل النعمان
ولقد رأيت بدير هند منزلا … الما من الرضا والحدثان
مغض كمستمع الهوان تغيبت … انصاره وخلا عن الاعوان
بالي المعالم اطرقت شرفاته … اطراق منجذب القرينة عان
وذكرت مشبهها الايام

وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليسوا اهل التحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رح بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون

بجوه من قبل بيع زلها بزمان ؛ وبها ترد على المغيرة ذبسة ينبع النوار بطية الاذغان ؛ والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت من القبيح **قوله** وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر بان نظر النساء اليها فقلن هي بكر درئ الحد عنهما اي عن المشهود عليها بالزنا وعنهم اي ويدرئ حد القذف عن الشهود وهو احد قول الشافعي واحمد وعند مالك تحد المرأة والرجل اما الدرء عنها فلظهور كذب الشهود اذ البكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد وقيل ان يقال ان لم تتعارض بشهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز ان تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي ان لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب ان تبطل بشهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة او لا لا بد ان يورث شبهة بها يندرئ ولذا لا يسقط بقولهن هي رتقاء او قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة واما عن الشهود ولتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل انه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا او لكذبهن **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه الاصل ان الشهود باعتبار التحمل والاداء انواع اهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل واهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس اهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والمجانين والصبيان والكفار واهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته ويثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه او لى فلا والثالث لا شهادة له اصلا حتى لا يعتبر فيما لم تعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم يقبل اذا عرف ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا اهلا للاداء والعبد ليس اهلا للتحمل ايضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد اربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم اهل للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفاسق نفذ غير انه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وياتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة وكذا قال احمد في رواية عنه **قوله** وان نقص عدد الشهود عن اربعة بان كانوا ثلاثة فاقل حدوا حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فيتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة ابو بكرة ونافع وعلقمة وجهه بن معبد ولم يكمل بشهادة زياد حد عمر رض الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم امهم سمية واما وجهه من جهة المعنى فلان اللفظ لا شك في انه قذف وانما تخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة ولا تعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ حاصلها انه اذا جلد بشهادة شهود جلدا

ولهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رح ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم في الامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه

فجرحه الجلاد او مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر لبعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او عمى او كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود ح اقل من اربعة وحتى كانوا اقل حد واحد القذف ثم قال ابو يوسف ومحمد ارش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال ابو حنيفة رح لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر احد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المص رح وعلى هذا اذا رجع الشهود يعني بعد ما ضرب فجرح او مات لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر انه لا يحسن كل الحسن لفظ وعلى هذا بناء لان مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كالخلاف في المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو ان الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شيء وقال الشافعي ومالك واحمد الارش والدية على الحاكم **قوله** لهما ان الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم فصاروا كالمباشرين لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه او مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا اما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا الخ وهو ما اذا اراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين في جنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الامر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين او عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا **قوله** ولابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مولم غير جارح ولا مهلك فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر ايضا ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه فلا يتعدى الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطاؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطائه عليهم في مالهم لان الغرم بالغنم اما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه ليكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم يجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي ليثبت في بيت المال لم يجب اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامور بهذا الوجه بل بضرب مولم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا وجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع **قوله** وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها اي في هذه الشهادة التي هي شهادة على الشهادة زيادة شبهة لتحققها في موضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بيناها زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى وأما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رح وقال زفر رح لا يحد لأنه إن كان الراجع قاذف حي فقد بطل بالموت وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفا بالرجوع لأن به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ إلا في حق الراجع كما إذا رجع بعد الإمضاء ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لأنه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به فإذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون

والزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود ولزيادة شبهة فيها فعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة إلا في الحدود وسببه أنه يحتاط في درء الحد عن المشهود عليه فكان الاحتياط ردها كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولأنها بدل اعتبار البدل في موضع يحتاط في إثباته لا فيما يحتاط في إبطاله فإن جاءوا الأولون يعني الأصول شهدوا بالمعاينة بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنه لا يقبل أيضا لأن الشهادة بحولها الأصول قد ردها الشرع من وجه برده الشهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الأصول إذ هم قائمون مقامهم فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه بالزنا ثم لا يحد الشهود الأصول ولا الفروع لأن عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم قذفا غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه فلا توجب حد القذف على الشهود **قوله** وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة إما قبل القضاء أو بعده قبل الإمضاء أو بعده ذكرها المص كلها فذكر أولا ما إذا رجع واحد من الأربعة بعد الإمضاء وهو الرجم مثلا وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية أما غرامة ربع الدية فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لا تلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على أصله في شهود القصاص أنهم إذا رجعوا يقتلون قال المص وسنبينه في الديات قيل وقعت الحوالة غير رائجة لأنه لم يذكر فيه وأما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة يحد وقال زفر لا يحد لأنه إن كان قاذف حي برجوعه فقد بطل بالموت لأن حد القذف لا يورث لأن الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في إحصانه ولهذا لا يحد الباقون إجماعا **قوله** ولنا الخ حاصله اختيار الشق الثاني وهو أنه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدارئة لحد القذف عنه أما أنه قذف ميت فلأن الرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لأنه بالرجوع يستبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الأول لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع ينفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه تبين أنه وقع حين التكلم به وكذا إذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فإنهم يحدون كلهم لأنه ظهر أن الراجع وغيره قذفه لأن العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وإنما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبدا لأنه قذف حيا فمات وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دارئة للحد عنه ولأنه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فإذا انفسخ تلاشا فكأنه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لأن زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لأنه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لأن القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المص رجوع الواحد قبل الإمضاء بعد القضاء فقال فإن لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم أي بعد القضاء قبل الإمضاء حدوا جميعا وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء

فان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شئ عليهم لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رحمه الله معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه

فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبيل الامضاء انما يوثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء ولهما ان الامضاء اي استيفاء الحد من القضاء وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت اسباب الجرح في الشهود او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وهو قول الائمة الثلاثة وقال زفر يحد الراجع خاصة لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فيبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فيبقى قذفا فيحدون والاولى ان يقال كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة ما دام بصفة ايجابه القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع من الاداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع احدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى **قوله** وان كانوا خمسة عطف على اول المسئلة ولو شهد اربعة ورجع احدهم اي بعد الرجم لا شئ عليه لا حد ولا غرامة لانه بقي بعد رجوعه من يبقى بشهادته كل الحق وهو الشهادة الاربعة وهو قول الائمة الاربعة سوى قول الشافعي في غير الاصح عندهم وان رجع آخر مع الاول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو انهما ان قالا اخطانا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمسا وفي وجه ربعا كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان اما الحد فلما ذكرنا يعني من ان الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لا ان رجوع الثاني هو الموجب للحد واما الغرامة فلانه يبقى من تبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وزكوا بان قال المزكون هم احرار مسلمون عدول اما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا فان زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كفارا وعبيدا فاما ان يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم احرار مسلمون فلا شئ عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين فاذا ما ظهر كفرهم وان اخطانا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف الا ان يقولوا تعمدنا فقلنا هم احرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال ابو حنيفة رح الدية على المزكين وقال ابو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المص فقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان يرجعوا بهذا الوجه او باعم منه وليس كذلك لهما انهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة او التسبب او عدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على المشهود عليه بالاحصان فكما لم يضمن الشهود الاحصان بعد رجم المشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون ولابي حنيفة ان الشهادة بالزنا انما تصير حجة موجبة

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيداً فعلى عاقلة القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفساً معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربياً وعليه علامتهم ويجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيداً فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة

للحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة للاتلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت شهادة به الشهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم افاد المصنف انه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بان قالوا نشهد انهم احرار الخ بل ذلك او الاخبار كان يقولوا هم الاحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكي عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والاربعة في الزنا وتجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لانهم قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف واعلم انه وقع في المنظومة قوله على المزكين ضمان من رجم ؛ ان ظهر الشاهد عبدا فعلم واوجبوا ضمان هذا المتلف ؛ من بيت مال المسلمين فاعرف وفي المزكين اذا هم رجعوا كذا وقالا عزروا واوجعوا ؛ وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهذا اشكال هائل لانا ان اولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وان لم يأول بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه انه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل ان يأول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر المشهود عبيدا او رجع المزكون ايضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب فالتفاوت ظاهر انتهى وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط واما تعزيرهم فاتفاق في قول صاحب المجمع ولو عبدا نشهدوا فزكوا فرجم ثم ظهروا واحدهم عبيد فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل افاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف ولا ينفرد الظهور بتضمين الخلافي بل الاتفاق انه في بيت المال كما سنذكر وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه اهو عليهم او على هو بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير ان من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب الضمان على الخلاف ولم يذكر في الاصول كالجامع والاصل قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه الخ استوفى اقسامها في كافي حافظ الدين فقال ان شهد اربعة على رجل بالزنا فامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطاء على عاقلة وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ لا شئ عليه وان قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف فالقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر ان الشهود عبيد تبين ان القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق امر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان يجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فاورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا يثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه يثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن انه حربي وعليه

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعی رح فالشافعی مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة فی غير الاموال وزفر رح يقول انه شرط فی معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما اذا شهد ذميان على ذمی زنی عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا فلا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون فی معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به فی غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر رح وهو فرع ما تقدم

علانية ثم ظهر انه مسلم وعليه الدية فی ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب فی ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب موجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن وما فی الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله وان رجم ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل فی قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسی فی المبسوط واما فی مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية فی بيت المال لما ذكرنا يعنی فی مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضی وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فی مالهم كذا هذا ای الرجل القاتل بالرجم بعد امر القاضی بخلاف ما اذا ضرب عنقه ثم ظهروا عبيدا تجب الدية فی ماله كما ذكرنا لانه لم يأتمر امره فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا لو ودیه على القتل بالسيف ولا يوديه منها لانه لم يخالف قوله واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى فرجها قبلت شهادتهم وبه قال الشافعی فی المنصوص ومالك واحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد فی الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة فی العنة والرد بالعيب والمرأة فی حق المرأة اولى وان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا يقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء انه لا تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحمل انه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم قال المص معناه انه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط ای شرائط الاحصان لان الحكم شرعا بثبوت النسب منه حكم بالدخول ای يستلزم ذلك كذا لو طلقها طلقة تعقب الرجعة ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والغرض انهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع فاقرارهما اولى وعلى كون المعنى ما ذكر المص من ان الغرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه ان بينهما نكاحا صحيحا فما عن الائمة الثلثة الشافعی ومالك واحمد من انه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول على وجه الصحة ليس بخلاف لان الفرض انها امرأته لا يكون من وطء بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا موكدا على وجه الدوام والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة قوله فان لم تكن ولدت له وشهد عليه الخ والمقصود من هذه ان الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعی ومالك واحمد الا ان المبنى مختلف فعندهم شهادتهن فی غير الاموال لا تقبل وعند زفر قبلت الا انه يقول الاحصان شرط فی معنى العلة والشأن فی اثبات انه فی معنى العلة وما نفيه لانه المدار فقال لان تغليظ العقوبة تثبت عنده بخلاف الشرط المحض فاشبهت حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمی زنی عبده المسلم وهو محصن انه اعتقه قبل زناه لا تقبل مع ان شهادة اهل الذمة على الذمی بالعتق مقبولة فی غير هذه الحالة لما ذكرنا من انه شرط فی معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه اذا كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من اصله هذا وهو انه شرط فی معنى العلة انه اذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون اذا كان علامة محضة ولنا فی نفی انه فی معنى العلة ان الاحصان ليس الا عبارة عن خصال حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلام ومن شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه

فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فان سببها المعصية والاحصان لسبب الموضع مانع من سبب العقوبة لانه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل ان يكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا انه يختلف الحكم ففي حال الاحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا بخصوص الحكم الثابت بالزنا اعني خصوص العقوبة والعلامة المحضة فقط لا يكون لها تاثير فلا يكون علة ولا ما في معناها فكيف يضاف الحكم اليها وظهر ان الواقع ان الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة يظهر ما يثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل بالنكاح من غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق ان شهد عليه بالزنا اليس انه يرجم كذا اذا شهدتا بعد ظهور الزنى به فكما ثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هذا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين على الذمي بشهادتهما عليه بالاعتاق وانما لا يعتق بسبق التاريخ لانه ينكره العبد المسلم اذ يتضرر به فلا ينفذ شهادتهما عليه لانه تتغلظ العقوبة فتصير مائة بعد ان كانت خمسين واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بانه لو اقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا لا يقبل بينة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب ان يشترط في الشهادة به المذكورة كالتزكية عند ابي حنيفة اجيب بان صحة الرجوع لا يتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه اذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه في رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة فحين تثبت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسمع بلا دعوى عند ابي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج **فروع** من المبسوط شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان انه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهدا انه اقربها او اتاها اذ ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما ان الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار حقيقة فيه مع النكاح والتزويج والنساء قال تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد اربعة على الزنا بفلانة واربعة غيرهم شهدوا به بامرأة اخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كان الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفوه بغير حق ولو شهد اربعة على رجل بالزنا فاقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا يبطل اي باقراره بعد الا اقرار مرة هذا كالعدم وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر لا حكم لاقراره فبطل الحد لان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة

باب حد الشرب قدم حد الزنا عليه لان سببه اعظم وجبره ولذا كان حده اشد واخر عنه حد القذف المتيقن بسببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا وآخر حد السرقة وان كان اشد لان شرعيته لصيانة اموال الناس وصيانة الانساب والعقل اكد من صيانة المال يعني انه آخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية النفس عن كل مكروه **قوله** ومن شرب الخمر

فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابی حنیفة وابی یوسف رح وقال محمد رح يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابی حنیفة وابی یوسف رح وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لي انكه شربت مدامة ✽ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا ✽ وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على الشرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال

فاخذ اى الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة او سكران اى جاؤا به اليه سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك اى بالشرب فى الاول وهو عدم السكر منها وفى الثانى وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منهما مقيد بوجود الرائحة فلابد مع شهادتهما بالشرب ان يثبت عند الحاكم ان الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به وبالشرب او يشهدا به فقط فيامر القاضى باستنكاهه فيستنكه ويخبره بان ريحها موجود واما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلابد ان يشهدا بالشرب ويقولا اخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم اخذوه فى حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد بهذا ان الحد لا يجب عند ابى حنيفة وابى يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد فى الثانى ان يشهدوا بانه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة والاقرار ولم يتقادم العهد والاصل فى ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه اخرجه اصحاب السنن الا النسائى من حديث معاوية وروى من حديث ابى هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذى سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث ابى صالح عن معاوية اصح من حديث ابى صالح عن ابى هريرة رض وصححه الذهبى ورواه الحاكم فى المستدرك وابن حبان فى صحيحه والنسائى فى سننه الكبرى ثم نسخ القتل اخرج النسائى فى سننه الكبرى عن محمد بن اسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم اتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فى الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد فى لفظه فراى المسلمون ان الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع رواه البزار فى مسنده عن ابى اسحاق انه عليه السلام اتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلثا فامر به فضرب فلما كان فى الرابعة امر به فجلد الحد فكان نسخا وروى ابو داؤد فى سننه قال ثنا احمد بن عبدة الضبى ثنا سفيان قال الزهرى انبانا قبيصة بن ذويب ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فى الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتى برجل قد شرب فجلده ثم اتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة قال سفيان حدث الزهرى بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدى اهل العراق بهذا الحديث انتهى وقبيصة فى صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا احسن مما اثبته به المص فى كتاب الاشربة من قوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن ان يوجه النسخ الاجتهادى تعارضا فى القتل فترجح النافى له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم فى كل ترجيح عند التعارض **قوله** وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها او ذهب السكر من غيرها لم يحد عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه اى هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا انه ستة اشهر او بتفويض الحد الى راى القاضى او بشهر وهو المختار وهذا لان التاخير يتحقق بمضى الزمان بلاشك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لى انكه قد شربت مدامة ✽ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وانكه بوزن امنع ذكره من بابه اى اظهر رائحة فمه وقال الآخر شعر سفرجلة تحكى ثدى النواهد لها عرف ذى فسق وصفرة زاهد فظهر ان رائحة الخمر مما يلتبس بغيرها فلا يناط شئ من الاحكام بوجودها ولابدها ولو سلمنا

وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

انما تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول يفيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تاخير الاداء تاخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تاخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة اجاب المصنف وغيره بما حاصله ان اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة قد عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن ابي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن اخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم امر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك واعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحاق بن راهويه اخبرنا جرير بن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفع بان محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت ادائها بل ولا اقرار انما فيه انه حده لظهور الرائحة بالترترة والمزمزة التحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك وهما بتائين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا بعيد مساف الخطو غوج شمردل * تقطع انفاس المهاري تلاتله اي حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطع تلاتله انفاس المهاري انه اذا باراها في السير انقطعت انفاسها لضيق والتتابع لما يجدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا انزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت فبينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد فاخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر رضي الله عنه بن الخطاب انه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل ان حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع احدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية عن احمد والاصح عن الشافعي واكثر اهل العلم نفيه وما ذكرنا عن عمر يعارض ما ذكر عنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه اصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر رضي الله عنه انه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد تاما وقد استبعد بعض اهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو ان الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا ان يرد ويدرأ ما استطيع فكيف يامر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فان صح فتأويله انه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه واما قوله ولان الرائحة من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب ثم اجاب عما يتوهم من ان الرائحة مشتبهة بقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال فليس بمفيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان اراد ان اعتبار القرب بالرائحة وهو محل النزاع فنقول محمد هو الصحيح **قوله** واما الاقرار والتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا على ما مر تقريره من ان البطلان للتهمة والانسان لا يتهم على نفسه وعندهما لا يقام الحد على المقر بالشرب الا اذا اقر عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه

فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه وهو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد

وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا بمعنى انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرب واما اضافة ثبوته على الاجماع بعد قوله والاصل فيه **قوله** عم الخ فقيل لانه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى ان هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص وهو قول ابي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى انه لا يثبت به اشكل عليه جعله اياه اول الاصل فان لم يره اشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وانت علمت انه انما الزم قيامها عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقرار فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هو اعظم عندي من القول ان يبطل الحد بالاقرار واذا اقر اقيم عليه الحد وان جاء بعد اربعين عاما **قوله** فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران من غيرها وريح ذلك الشراب توجد منه فذهبوا به الى مصر فيها الامام او مكان بعيد فانقطع ذلك اي الريح قبل ان ينتهوا به اليه حد في قولهم جميعا لان التاخير الى انقطاعها للعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التاخير والاصل ان قوما شهدوا واخذ عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد **قوله** ومن سكر من النبيذ حد فالحد انما يتعلق في غير الخمر من الانبذة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كلما اسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عم كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع اما السماع فتارة بالاستدلال على ان اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر رض نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية احمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام واما ما يقال ان ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث انس كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رض الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب بثبوته في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذا كلها محمولة على التشبيه بحذف اداته فكل مسكر خمر كزيد اسد اي في حكمه وكذا الخمر من هاتين او من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمهما بها جاز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية كقول السلطان هو فلان اي اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان يعمل بكلامه اي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كلما كان مثله من كذا وكذا فهو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح المحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة اما قليلها وكثيرها او كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو ان الثابت في اللغة من تفسير الخمر بالتي من ماء العنب اذا اشتد وهذا مما لا شك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بايراده ويدل على ان المحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رض حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء اخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم انه انما اراد ماء العنب لثبوت انه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول انس وما شرابهم يومئذ اني يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر فعرف

لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من نبيذ وتبيين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى

انما اطلق هو وغيره فيه الحمل لغيرها عليها هو هو كان على وجه التشبيه واما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى ابو داود والترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه واجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن ابي وقاص انه عليه السلام نهى عن قليل ما اسكر كثيره اخرجه النسائي وابن حبان قال الترمذي لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو احد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص وقد احتج به الشيخان وحينئذ فجواهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لانه صريح في ه الروايات القليل وما اسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي اسكرتك اخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن ارطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن مسعود رضي الله عنه هذا فقال حديث باطل على انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روي عن ابن عباس رضي الله عنه من قوله حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب لم يسلم نعم هو طريق جيدة هي عن ابن عون عن ابن شداد عن ابن عباس رضي الله عنه حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما اسكر من كل شراب قال وهذا اولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه اقوى وجب ان يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لم يثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسمع او بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا واصحابنا فيه منع خصوصا وعموما اما خصوصا فمنعوا ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه السلام حرمت الخمر بعينها والمسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكره في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لانه لم يذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها اي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى يثبت العلة وهي الاسكار او مظنته من الكثير لان حرمتها ليست معللة اصلا بل هي معللة بانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل اصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذي يضره كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا ان اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلوة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما اشار النص الى عليتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم فاذا فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث ابي هريرة رضي الله عنه فاذا اسكر فاجلدوه

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار فلا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

الحديث فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فموجب ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب ان يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكران في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد لغيرها انه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه ان اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من اداوتك فقال عمر رضي الله عنه انا جلدناك بالسكر وهو ضعيف لسعيد بن ذي لعوة ضعيف وفيه جهالة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ساير رجلا في سفر وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر رضي الله عنه معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر رضي الله عنه انما جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندهم انقطاع واخرج الدارقطني عن عمران بن داور عن خالد بن دينار عن ابي اسحاق عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى برجل فذكر سكره من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي ان رجلا شرب من اداوة علي رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن ابن عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس رضي الله عنهم قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكرنا انه يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند ابي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق سكران منها كالنائم الا ان المصنف في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد وانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة وسفيان انهما سئلا عمن شرب البنج فارتفع الى راسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ما هو يقع **قوله** ولا حد على من وجد به ريح الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة فلا يثبت مع الاحتمال ما يندرئ بالشبهات وكذا الشرب قد يكون عن اكراه فوجودها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب واورد عليه انه قال عن قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي ان يحد ولم يقل احد ونقل ايضا عنه ان التمييز لا لعيانه انظر فيه بان من عاين الشرب مبني على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية

ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض

اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان انتهى فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر بالرائحة فكون المص جعل التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي ان يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك ان المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء اما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقي فظاهر وطريقه انه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درءا كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال فان كان يلزم الشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بها في ازمنة كثيرة متاخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وصحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقي الاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة اذا لم يكن التمييز الا مع الاحتمال **قوله** ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح تخفف الالم حتى حكى لي ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه اخلاء تقبيله لزوجة بركبتيه لا يقبلها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين ما رجاليس بصحيح والا فضع هذه الجمرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى اكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت او ازالها بعض الحاضرين فلما افاق وجد ما به من جراحة النار البالغة ويبست ركبته فمكث بها مدة الى ان بريت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنشاط وقوة من الاخلاط وصار يقول يا ليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع اصلا في حال صحوه ان يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من المها ونظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الا حال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غيرها ثمانون سوطا وهو قول مالك واحمد في رواية عن احمد وهو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو راى ان يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المص على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى عتوا وفسقوا جلد ثمانين واخرج مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر ودنى الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان تجعله كاخف الحدود فجلد عمر ثمانين وفي الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن طالب نرى ان تجلده

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف

اذا شرب سكر واذا سكر هذا واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا واخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصا حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان قال عمر ماذا ترون فقال علي رض اذا شرب الخ وروى مسلم عن انس قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة واخذت اخرى والا فهي ثمانون ويكون مما راى عمر في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله انه استشار فوقع اختيارهم على تقدير ثمانين التي انتهى عليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله وفعله ابو بكر يبعده والالزم ان ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف ابي بكر والله اعلم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رض قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا انه امر بضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عم بعدد معين ثم قدره ابو بكر وعمر باربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا على تعينه والحكم المعلوم منه عم عدم تعينهم لعلمهم بانه عم انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا اهل الزمان تغيروا الى نحوه واكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان فساد اهله اكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عم في امثالهم واما ما روي من جلد علي اربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رض اتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد انه رآه شربها وشهد الآخر انه رآه يتقيأها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسين اقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلده وعلي يعد الى ان بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي **قوله** ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا ونقل من قول ابن مسعود رض للضارب اعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والراس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الراس ايضا وتقدم

قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا اظهرنا اي الشرع اظهر التخفيف مرة بنقصان العدد ولا يعتبر ثانيا بعد التجريد والا فات المقصود من الانزجار الفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفها الروث والمني للضرورة قلنا الضرورة قد اثرت في النعال مرة فكفي مؤنتها فلا تخفف مرة اخرى وله ضده في الصلوة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يوثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة ان لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجود والمعول عليه في كل موضع الدليل

قوله وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا

ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رح انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وقال العبد الضعيف هذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشائخ رح وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءً للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رح يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

لان حد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون **قوله** ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تع ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سببه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في حال سكره ولا يعتبر اقرار السكر كما سيأتي او بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه **قوله** ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت باقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وقوله سنبينها هناك اي سنبين هذه المسئلة في الشهادات ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ولا نعلم في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي في شهادة النساء شبهة البدلية لقوله تع فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تعالى ان تضل احدىهما فتذكر احدىهما الاخرى وفي الكشاف ان تضل اي لا تهتدي الشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احدىهما الاخرى اي تزيل نسيانها **قوله** والسكران الذي يحد لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفة هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض ولا السماء وقالا هو الذي يهذي ويخلط وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد ان يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شئ واليه مال اكثر المشائخ واختاروه للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي سمي سكرانا وتايد بقول علي اذا سكر هذى ولابي حنيفة رح انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءً بدليل الالزام في شهادة الزنا ان يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد واما في ثبوت الحرمة فما قالا اخذا بالاحتياط في امر الحرمة وانما اختار للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك انه حيث قال يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها فقد سلم ان السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وانه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما انيط في الدليل الذي اثبت حد السكر بما يسمى سكرا لا بالمرتبة الاخيرة منه على ان الحالة التي ذكر قلما يصل اليها سكران فيؤدي الى عدم الحد بالمسكر وقوله ما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ممنوع بل اذا حكم العرف او اللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره فيبقى الحد لا ثبوت شبهة صحو وروى بشر عن ابي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد ممن يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرسها اصلا قال بشر انه قال لابي يوسف كيف امر بها من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين ان الذي عجز عن قراءتها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن ابي طالب رض صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلوة فقدموني فقرأت قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون فانزل الله تع يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي ان يعول على هذا بل ولا يعبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل

ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب فى اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف فلان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه كما فى سائر تصرفاته

يا ايها الكافرون يقول لا احسنها الآن بل يندفع قاريا فيبدلها الى الكفر ولا ينبغى ان يلزم حد بطريق ذكر ما هو كفر ان لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم سوى ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر العرف عليه وعرف مما ذكران من استدل لابى حنيفة رض بهذه الآية على ان السكر هو ان لا يعقل منطقا الخ غريق فى الخطأ لانها فى على واصحابه ولم يصل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم ادركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى فهى تفيد من قوله واما قوله تع حتى تعلموا الآية فانما اطلق لهم الصلوة حتى يصحوا كل الصحو بان يعلموا جميع ما يقولون حسبه ان يبدلوا بعض ما يقولون وليس منه اى من مراتب السكر كذلك بل ان من وصل الى ذلك الحد الذى كانوا فيه يسمى سكرانا وكون المقدار الذى هو سبب الحد ما هو لا تعرض له بوجه وقول المصنف والشافعى يعتبر ظهور اثره فى مشيته وحركاته واطرافه يفيد ان المراد من الاجماع فى قوله والمعتبر فى القدح المسكر ما قالاه بالاجماع الاجماع المذهبى والا لم يكن للشافعى قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بانه قلده فخر الاسلام وفيه نظر فان الشافعى يوجب الحد فى شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل ولا يعتبر السكر اصلا ولا يخفى انه ليس بلازم من نقل قول الشافعى فى تحديد السكر مطلقا ما هو اعتقاد الناقل ان الشافعى يحد بالسكر بل الحاصل انه لما قال يحد بالسكر حين اخذ حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعى مفصلا عن الامام اى هو باعتبار اقتضائه الحد هو اقصى وباعتبار تحريم الحرمة هو ما ذكرت وجاز ان يكون بعض من فسر السكر بسكر لا يحد وانما فسره باعتبار آخر كان حلف بطلاق او عتاق ليشربن حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم ابطله بانه لا يتفاوت اى لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق فى مشيه وسكران ثابت ما لا ينضبط لا ينضبط به ولان الذى وقع فى كلام على رض بحضرة الصحابة الاعتبار بالاقوال لا بالمشى حيث قال اذا سكر هذى الخ **قوله** ولا يحد السكران باقراره على نفسه اى بالحدود الخالصة حقا لله تع كحد الزنا والشرب والسرقة الا انه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا فى حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع انما لا يعتبر اقراره فى حقوق الله تع لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم ان السكران لا يثبت على شئ وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التى يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزم الحكم بعد ساعة بانه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة انه يكذب على نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مؤاخذ به لان غاية الامر ان يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذى ينبغى ان يعتبر فى السكر الذى لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول ابى حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه فى التحريم لانه ادرأ للحدود ومنه لو اعتبر كقوله فيه فى ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران كالصاحى فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه ادخل الآفة على نفسه فاذا اقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغى ان يكون معناه انه اقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة او مطلقا على الخلاف فى الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فمجرد سكره لا يحد لاقراره بالسكر

ولو ارتد السکران لا تبین منہ امرأتہ لان الکفر من باب الاعتقاد فلا یتحقق مع السکر وہذا قول ابی حنیفۃ ومحمد رحمہما اللہ فی ظاہر الروایۃ تکون ردۃ

باب حد القذف

وکذا یواخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغیرہا لانہا لا تقبل الرجوع **قولہ** ولو ارتد السکران لا تبین امرأتہ لان الکفر من باب الاعتقاد او الاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حکم بکفر الہازل مع عدم اعتقادہ لما یقول ولا اعتقاد للسکران ولا استخفاف لانہما فرع قیام الادراک وہذا یقتضی ان السکران الذی لا تبین امرأتہ ہو الذی لا یعقل منطقا کقول ابی حنیفۃ فی حدہ والظاہر انہ کقولہما وکذا لم ینقل خلاف فی انہ لا یحکم بکفر السکران بتکلمہ مع انہما لم یفسرا السکران بغیر ما تقدم عنہما فوجہ ان ابا حنیفۃ انما اعتبر عدم الادراک فی السکران احتیاطا لدرء الحد ولا شک انہ یجب ان یحتاط فی عدم تکفیر المسلم حتی قالوا اذا کان فی المسئلۃ وجوہ کثیرۃ توجب التکفیر ووجہ واحد یمنعہ فعلی المفتی ان یمیل الیہ ویبنی علیہ فلو اعتبر فی اعتبار عدم ردتہ بالتکلم بما یکفر اقصی السکر کان احتیاطا للتکفیر لانہ یکفر فی جمیع ما قبل تلک الحالۃ ہذا فی حق الحکم اما فیما بینہ وبین اللہ تعالی فان کان فی الواقع قصد ان یتکلم بہ ذاکرا لمعناہ کفر والا فلا فان قیل ہذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر درکہ قائما حتی خاطبہ فی حال سکرہ وذلک لان قولہ تعالی لا تقربوا الصلوۃ وانتم سکاری یتضمن خطاب السکاری لانہ فی حال سکرہ مخاطب بان لا یقربہا بذلک والایجاب لہ قربانہا وان لم یعلم ما یقول لعدم الخطاب علیہ فلا یفید ہذا الخطاب فائدۃ اصلا فہو خطاب الصاحی ان لا تقربہا اذا سکر فالانتہاء مطلوب منہ حال السکر سواء کان یعقل درک شیء ما اولا کالنائم وہو معنی کونہ مخاطبا حال السکر ولا شک ان تحقق الخطاب ولا درک لیس الا عقوبۃ اذ تلزمہ الاحکام ولا علم لہ بما یصدر منہ فاعتبار درکہ تاما فی حق الردۃ لا یکفر حینئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع فی حقہ قلنا ثبت من الشرع ما یقتضی انہ بعد ما عاقبہ بلزوم الاحکام مع عدم فہم الخطاب خفف عنہ فی اصل الدین رحمۃ علیہ فی ذلک خاصۃ وذلک حدیث عبد الرحمن بن عوف بالمتقدم فانہ لم یحکم بکفر القاری مع اسقاط لفظۃ لا من قل یا ایہا الکافرون ولا شک ان ذلک السکر الذی کان بہم لم یکن بحیث درک اصلا لا یری الا انہم ادرکوا وجوب الصلوۃ وقاموا الی الاداء فعلمنا ان الشارع رحمہ اللہ فی اصل الدین وعاقبہ فی فروعہ ولہذا صححنا اسلامہم ولولا ہذا الحدیث لقلنا بردتہ فان لم یکن لہ درک لم تصح من الکافر السکران اسلامہ مما ذکرنا یعرف صحۃ التفصیل الذی ذکرناہ وہو ان ہذا السکران الذی وقع منہ کلمۃ ردۃ ولم یصل الی اقصی السکران کان من غیر قصد الیہا کما قرأ علی رضی اللہ عنہ قل یا ایہا الکافرون فتغیر فلیس بکافر عند اللہ ولا فی الحکم وان کان مدرکا لما قاصدا استہزاء اعنادا فانہ کافر عند اللہ تعالی بطریق تکفیر الہازل وان لم یحکم بکفرہ فی القضاء لان القاضی لا یدری من حالہ الا انہ سکران تکلم بما ہو کفر فلا یحکم بکفرہ واللہ اعلم

باب حد القذف تقدم وجہ المناسبۃ بینہ وبین ما قبلہ وما بعدہ والقذف لغۃ الرمی بالشیء وفی الشرع الرمی بالزنا وہو من الکبائر باجماع الامۃ قال اللہ تعالی ان الذین یرمون المحصنات الغافلات المومنات لعنوا فی الدنیا والآخرۃ ولہم عذاب عظیم وقال علیہ السلام اجتنبوا السبع الموبقات قیل وما ہی یا رسول اللہ قال الشرک باللہ والسحر وقتل النفس التی حرم اللہ واکل الربو واکل مال الیتیم والتولی یوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات متفق علیہ وعنہ علیہ السلام من اقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الکبائر نودی یوم القیمۃ لیدخل من ای ابواب الجنۃ شاء وذکر منہا قذف المحصنات وتعلق الحد بہ بالاجماع مستندین الی قولہ تعالی والذین یرمون المحصنات ثم لم یاتوا باربعۃ شہداء فاجلدوہم ثمانین جلدۃ ولا تقبلوا لہم شہادۃ ابدا والمراد الرمی بالزنا حتی لو رماہ بسائر المعاصی غیرہ لا یجب الحد

وإذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات إلى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا **قال** ويفرق على أعضائه لما مر في حد الزنا

بل التعزير وفي النص إشارة إليه أي إلى أن المراد الرمي بالزنا وهو اشتراط أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بإلغاء الفارق وهو صفة الأنوثة واستقلال رفع عار ما نسب إليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد

قوله إذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا بأن قال زنيت أو يا زاني وطالبه المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان القاذف حرا وإن كان عبدا أربعين سوطا وشرط الإحصان في المقذوف وهو أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية فإنه يحد قاذف العبد وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وإن كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقذف الذمية إذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كما إذا قال لمن قال يا زاني صدقت بخلاف ما لو قال هو كما قلت فإنه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثاني لأن كلامه محتمل ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعدما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا إذا قال لبست أي زانية أو يا زنى فإنه لا يحد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلا بالتعريض ولأنه إذا عرف المراد به صار بالقرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فإنا رأيناه حرم صريح خطبة المعتدة في عدتها وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فإذا ثبت من الشرع تفاوتهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه وأما الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لأن إلزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد أورد أن الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وردوه باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات فأجيب بأنه يثبت النسبة إلى الزنا اقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن دلالة المقتضي في ذلك لما سنذكر من الأثر والإجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربي والنبطي والفارسي والتركي ولا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو ببعير أو ثور لأن الزنا إدخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال زنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لأن معناه زنيت وأخذت البدل إذ لا تصلح المذكورات للإدخال في فرجها ولو قال هذا الرجل لا يحد لأنه ليس المعروف في جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الإثم ولعدم الصراحة إذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لأنه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهد بشهادة رجل أنك زان لأنه حاك لقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة لأن أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسيأتي خلافه في فروع نذكرها وأما اشتراط مطالبة المقذوف فإجماع إذا كان حيا فإن كان ميتا فمطالبة من يقع القدح في نسبه ثم إن نفيه من غير المقذوف بعموم الصفة وهو معتبر وارد وينبغي أن لا تشترط المطالبة لأن المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب أن

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه

حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان يصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين وانتفى الحاق الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال انت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة والحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لان الترخيم شائع ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا **قوله** ولا يجرد من ثيابه الا في قول مالك لان سببه وهو النسبة الى الزنا كذبا غير مقطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للقربة والمعلوم لهما هنا نفس القذف فايجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة وحكما لعدم اقامة البينة قال تع فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تع منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاتيان بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل اما عند العجز فانما هو تشنيع فلا يقابل بمثلها فلا فائدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو اي الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر انه اذا كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو او قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا **قوله** والاحصان ان يكون المقذوف حرا الخ قدمنا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف او شهادة رجلين او رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ولم يعلم انها محصنة وكذا اذا انكر الحرية ليحد حد الارقاء والقول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف عليه بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تع فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان الا ما اجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تع والمحصنات من النساء اي المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تع فاذا احصن قال ابن مسعود واسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تع والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف واما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا عن احمد ان الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد لعلة الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي او مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالحرمات ولو فرض لحوق عار للمراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا اولى من تعليل المصنف

ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اياه في اسباب المروة

بعدم تحقق فعل الزنا منها لانه ما دل بان المراد بالزنا الموهم والا فهو تحقق منها او تحقق فيها الوطي في غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنى موهم صاحبه وبه يندفع الفساد القائل اذ لم تحقق الزنا منها فينبغي ان يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكنه لا يحد وان كان قذفه بعد افاقته فاما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار آخر فهو صادق وحد القذف للفرية لا للصدق وفي شرح الطحاوي في صفة العفة قال لم يكن وطئ امراة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد مرة فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ في غير الملك او وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها في الملك الا انه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امراته في الحيض او امته المجوسية ولا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ امته وهي اخته من الرضاع ولو مس امراة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها او امها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امراة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند ابي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها **قوله** ومن نفى نسب غيره فقال له لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة وكذا اقتصر عليه الحاكم في الكافي وعلله في الهداية بانه في الحقيقة قذف لامه وكانه قال امك زانية لانه اذا كان لغير ابيه ولا نكاح لذلك الغير كان من زنا امه قيل فعلى هذا كان الاولى ان يقال اذا كانت محصنة حتى يشتمل جميع شرائط الاحصان واورد عليه انه لا يجوز ان لا يكون ثابت النسب من ابيه ولا تكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة او نكاح فاسد والجواب والمراد انك لست لابيك الذي ولدت من مائه اي مقطوع النسب منه وهذا يلزم بان الام زنت مع صاحب الماء الذي ولد هو منه وهذا معنى قول المصنف لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وحاصله ان نفي نسبه عن ابيه يستلزم كون ابيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزاني فلزم عن امه زنت مع ابيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون ابيه زنى بامه مكرهة او نائمة فلا يثبت نسبه من ابيه لا يكون قاذفا لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذي يدعى اليه ونسب بخصوصه ولا شك في هذا والا كانت بمعنى المسئلة الآتية تليها وبه لعله يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجيء وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله ذلك في حال الغضب السابق بدليل المسئلة تليها فاذن يختلف المراد بلفظة الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق **قوله** ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى اليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة اي حقيقة نفيه من ابيه لانه حالة سب وشتم وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن اخلاقه ولا يخفى ان في حالة الغضب ليس نسبة امه الى الزنا امرا لازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة او نكاح فاسد كالتي قبلها فثبوت الحد به بمعونة قرائن الاحوال وبهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر في المبسوط ان في الاولى الحد استحسانا باثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل

ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر

عن ابيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب حملوا بانه حالة عدمه لم ينفه عن ابيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء اذ ليس قذفا ولذا لا يكون تخصيصا لو كان قذفا اخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لان حده في قوله لست ابن فلان وفي حالة الغضب مقتصرا عليه باعتبار انه قذف امه واذا نفى نسبه عن امه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفى زناها فلم يحد بهذا واما اذا قال يا ولد الزنا وابن الزنا فلا يتاتى فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامراته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر **قوله** ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق في كلامه ولذا لو قال انت ابن فلان يعني جده هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا استعارة وفي بعض اصحابنا ابن امير حاج وامير حاج جده وكذا لو قال انت ابن فلان لعمه او خاله او زوج لامه لا يحد لان كلا منهما اطلق عليه اسم الاب كما سياتي واعلم ان قوله لست ابن فلان لابيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي وهو نفي كونه من مائه مع زنا الام به او مع عدم زناها بل بشبهة فهي ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فمعه يراد نفي كونه من مائه مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست بابن فلان بجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته بجده ومعنيان حقيقيان احدهما نفي كونه مخلوقا من مائه والآخر نفي كونه ابا اعلى له وهذا يصدق بصورتين نفي كون ابيه خلق من مائه بل زنت جدته به وجاءت به لشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب احدها الا بعينه في الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يغيره في اسباب مباح له جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب ان يحكم ايضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب ابيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لاخباره في حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجة البعد في الارادة مع ان يراد نفي ابوته لانه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا تخلص الا ان يكون فيها اجماع على نفي الحد بلا تفصيل كما ان في تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال له انت ابن فلان لغير ابيه لا حد مع انه ليس بقذف لانه صرح بجواز كونه ابيه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود وهذه الصورة ليست في الكتاب لكنها هنا انسب **قوله** ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده فاذا طالب به حد القاذف ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار لهما يلحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات فهو الاصل في ذلك فهو الاصل في الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بموجبه الا عند الياس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا قال لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن ابي ليلى ولانه يجوز ان يصدقه الغائب ما ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه ابو الليث وفي فتاوى قاضيخان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده وان سفل ان ياخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية وليس للاخ ان ياخذه بذلك ولا للعم ولا للخال ولا للام ولا للمولى وعند الشافعي ومالك واحمد ايضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده وفي فتاوى قاضيخان قال محمد لكل من يرثه ان ياخذ القاذف فيحده فهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية

(قوله ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست بابن فلان بجده لمعنى مجازي)

ولو كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفرؒ هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيّره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا

فيمن يرثه ثلاثة اوجه احدها انه يرثه جميع الورثة والثاني غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم وعندنا ليس بطريق الارث لما ذكرنا من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فاللاحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا اخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع اخيه ولعلم الشرع بذلك اجاز شهادة الاخ لاخيه فليس للاخ المقذوف ولا العم والخال المطالبة بحد القاذف ولم تجز شهادة الولد والوالد لانهما في حكم نفس المشهود له ولهذا استغنى لكون حق المطالبة للحوق العار عن غيره اثره مع الارث ثبت للمحروم عن الميراث بالقتل او الرق والكفر فللقاتل فيه ان يطالب قاذف ابيه قتله بحد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا او كافرا خلافا لزفر رحمه الله ويثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت للابعد مع وجود الاقرب وكذا يثبت لولد الولد حق المطالبة مع وجود الولد خلافا لزفرؒ ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله خلافا لمحمد يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ووجهها ان النسب الى الاب وهو اجنبي عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل في لفظة ولد الولد ولذا لو وقف على اولاده واولاد اولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية ووجه الظاهر منع او لا يمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف وثانيا وعلى تقدير التسليم فالمعنى مختلف لان مبنى ثبوت حق الخصومة في حد القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادره ولد البنت من قوله اولاد اولاد فلان لانه وقف على من يسمي به فاذا لم يتبادر لم يشمله الوقف وصار كالوصية لاولاد اولاد فلان لا يدخل اولاد بناته بهذا وجه قول زفر ان ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فانه لا خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع ان ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من نسب الى المقذوف بالجزئية يلحقه من العار مثل ما يلحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه يلحقه العار مقصودا والحاقا به دون ولده وولد ولده واما حق خصومة الكفاءة فانما ثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتيبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم ان حكمه ذلك فان قلت قد نقل الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما في قاضي خان اذا قال جدك زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله انت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان او كانت محصنة حد قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر ولكل من قال طريقه الارث يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حيوة المقذوف هو يقول القذف تناول الابن معنى لاصوله لرجوع العار اليه وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل امه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية امره ان يجعل كانه تناوله صورة ومعنى بان يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم تكن المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط ولنا انه اي القاذف عيره بقذف محصن هي امه فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في المقذوف قصدا وهو الذي ينسب

وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب
بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف
غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعدما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده
وعندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق
العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت
الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد
من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل
المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو
المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي

الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا ثم ترجع هذا التعيير الكامل الى ولده فيثبت له حق المطالبة على
طريق الاصالة للشين الذي يلحقه لا للخلافة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة
بخلاف ما اذا قذفه نفسه لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذا لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف
فان كان حيا كانت المطالبة له او ميتا طالب به اصله او فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه **قوله وليس للعبد**
ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة اي التي قذفها في حال موتها ولا للابن ان يطالب اباه وان علا بقذف امه الحرة المسلمة
التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة او قال لابنه او لابن ابنه وان سفل بعد وفاة امه يا
ابن الزانية وهو قول الشافعي واحمد في رواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن ان يطالب اباه بقذف امه وهو قول ابن ثور وابن المنذر
لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد بابه سقطت عدالة الابن لتسببه
بسبب عقوبة ابيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما اف والجواب ان الاطلاق والعموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى ولا تقل
لهما اف والمانع مقدم ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع بسرقة فانتقضت عليه الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الحاصل ان عموم الآية
اعني قوله تعالى ولا تقل لهما اف وقوله عم لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع السيد بعبده واما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للاب
في المسروق فلا يرد على مالك نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على نفس الولد توجب اهدارها في عرضه بطريق
اولى مع ان القصاص يتيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر
المص على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المص لان المولى لا يعاقب بسبب عبده استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده
بقذف امه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز ان يعاقب بسبب حق نفسه **قوله ولو كان لها** اي لزوجته الميتة التي قال لولده بعد موتها
يا ابن الزانية ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة فظهر في حق احدهما مانع دون الآخر
فيعمل المقتضي عمله في الآخرة وكذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفى احدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو احد مستحق القصاص يمتنع
استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط احدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد
لا يتصور تجزيه اما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط احدهما **فروع** يجوز التوكيل باثبات الحدود
من الغائب في قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد
لا يثبت بمثله والاجماع انه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل لان مع
احتمال انه عفا وان المقذوف قد صدق القاذف او كذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لكان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب
لا يسقط الحد فمع احتماله اولى **قوله ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد** وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعدما
اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده فيرث الوارث الباقي فيقام له وعندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه
حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص فمن هذا الوجه اي من

ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر

من هذا الدليل هو حق العبد لم يعلم انه شرع زاجرا وعنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع اذ لم يختص بهذا الشان دون غيره وبكل من حق الله وحق العبد في حد القذف فشهد الاحكام فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستامن ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في ايام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضي ثم ولي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده وتقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتباره حق الله تعالى استوفاه الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يكن ابدا مقتضى احدهما لزم اعتبارهما فيه فيثبت ان فيه الحقين الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا المشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاؤه مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع لا مهدرا ولا كذلك عكسه اي لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكيم يجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على ان النائب العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود والتي هي حقه تع على ما قدمناه من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الاصل تفرعت فروع اخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تع اي انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا او ما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل شرعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة او وصية في المطالبة التي جعلها شرط ظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوتهما الا ان يقول المقذوف لم يقذفني او كذب شهودي وح يظهر ان القذف لم يقع موجبا للحد لانه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور ان القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات او قذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد ففي اثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو انه يصح عفو المقذوف **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشائخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان الغالب فيه حق العبد كقول الشافعي وخرج الاحكام المذكورة فيها على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام تبتنى عليه والمعقول يشهد به وهو ان العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص واما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب اولانه ربما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو

ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمناه وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه تعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى ان كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة اعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة اعراض بعضهم عن البعض على العموم وان العفو لا يستلزم الرضى بالعار بل قد لا يرضى بالا ان يتحاكم به ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حقه فلا ينفي ان يعفو فلا يفعل ذلك اصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى اوجه مما في الخيارية ان شاء الله تعالى وقول محمد انه وقع في موضع انه حق الناس فقد وقع في اخر انه حق الله تعالى **قوله** ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه فيقبل رجوعه واما التعليل لانه بالاقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد ان يبطل حق الغير فالمعنى انه اثبت حق الغير ثم يريد ان يبطله فلا يقبل فيه ويشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تعالى وكونه الحق الشين لا اثر له بل الحاصل انه لما الحق الشين ثبت له حق الآدمي فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين ماثره في آثار حق الآدمي ليس غير امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير **قوله** ومن قال للعربي يا نبطي او قال لست بعربي لا يحد وكذا اذا قال لست من بني فلان وقال مالك رحمه الله يحد اذا نوى الشتم وعنده اذا قال يا رومي لعربي او فارسي او يا فارسي لرومي او عربي او يا ابن الخياط وليس في آبائه الخياط يحد قلنا العرف في مثله ان يراد نفي المشابهة في الاخلاق او عدم الفصاحة واما قذف امه او جده من جداته لا بيه فلا يخطر بالبال ولذا اطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب او الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله في القذف اصلا لم يحمل في الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطي قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا اي يا قروي لا يحد به وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب **قوله** ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وكذا اذا قال يا ابن مزيقيا ويا ابن جلا لان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدي لانه اغناهم عن ماء السماء وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا ومزيقيا لقب ابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين فيكره ان يعود فيلبسهما ويكره ان يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب ان يكون قول القائل يا ابن مزيقيا للذم لا للاسراف والاعجاب لكن عرف العامة في مثله انه جود وقد لقب بماء السماء ايضا للحسن والصفاء وبه لقبت ام ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم بني ماء السماء وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه واما جلا فقد استعمل مرادا به انسان في قول سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني وكلام سيبويه يفيد انه ليس علما بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كانه قال انا ابن الذي جلا اي اوضح وكشف واما قول القلاخ انا القلاخ بن جناب بن جلا فيحتمل كونه علما لقبا وكونه وصفا ايضا ثم انه انما يراد به التشبيه في كشف الشدائد وازالة المكاره فلا يكون قذفا وذكر انه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمي به والكلام السخاء والصفاء فينبغي في حالة الغضب ان يحمل على النفي لكن جواب المسألة مطلقا فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن ان يجعل المراد

وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب ع وارق الى الخيرات زنأ في الجبل ﴿ وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني

في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قول لست لعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سببه بنفي الشجاعة والسماحة ليس غير **قوله** وان نسبه لعمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا فالاول وهو تسمية العم ابا لقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما اي ليعقوب عليهم الصلوة والسلام والثاني لقوله عم الخال اب قالوا هو غريب غير انه في كتاب الفردوس لابي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له والثالث للتربية وقيل في قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امرأته **قوله** ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل لا محالة حالة الغضب وسيظهر ان هذا القيد مراد لا لعيصدق ويحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب. وارق الى الخيرات زنأ في الجبل ﴿ والزنا وان كان يهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها اشبه ابا امك او اشبه عمل ترید علی ولا تكونن كهلوف وكل يصبح في مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنأ في الجبل واما قول شارح اصلاح المنطق فقال الشاهي لرجل راى ابنا له ترقصه امه فاخذه من يدها وقال اشبه ابا امك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري اي كن مثل ابي امك او مثلي مثل عمل فحذف المضاف اليه والمراد كن مثل ابي امك او مثلي وكان ابو امه شريفا سيدا وهو يزيد الفوارس بن ضرار الضبي وامه منفوسة بنت زيد الفوارس قال فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او اشبهن اباكا اما ابي فلن تنال ذاكا تقصر عن نيله يداكا العلو بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر في النهاية قوله او اشبه حمل بالجيم وقال اسم رجل هو ابو حي من العرب وهو حمل ابن سعد والوكل العيال على غيره ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا على ما اسلفنا لان من العرب من يهمز الملين اي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج وصدق بامته هذا العالم ومنه قوله صبرا فقد هيجت شوق المشتاق ولانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز واما نحو قطع الله ادية اي يديه فالتمثيل به بناء على ان المراد بحرف اللين اي الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على انه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزوا في الالتقاء على حده فان كان على خلاف العادة يقال دابة وشابة وقرى ولا الضالين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة ومعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من انه سيظهر ارادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زاني او زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله وذكر الجبل تعين الصعود مرادا قلنا انما يتعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم ان المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظ في بل الجواب مع ان ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع في الجبل اي في بعض بطونه وعلى الجبل اي فوقه كما قد تقع على السطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة ولو قال زنأت على الجبل والباقي بحاله اي في حال الغضب قيل لا يحد لما قلنا آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه وهي حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب اي في حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لا داعي فالظاهر عدم ارادة السبب **قوله** ومن قال لآخر يا زاني فقال له الآخر لا بل انت فانهما يحدان اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الآخر واثبت ما طالبه عند الحاكم لزم حينئذ حق الله تعالى فهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال انت فتكافأ ولا يعزر كل منهما لان التعزير حق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا اما كون الاول قاذفا فظاهر واما الثاني فلان معناه لا بل انت زان وكذا لو كان

ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد

المجيب عبدا حد هو خاصة لانه قاذف لقوله بل انت والحر وان كان قاذفا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف يعني كلمة بل عطف ليستدرك بها الغلط يعني التراكيب الاستعمالية فيصير الخبر المذكور في الاول اي في التركيب الاول اذا كان خبرا مذكورا في الثاني فاذا قال زيد قام وقام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا في التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر او المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول لفظ يا زاني بل هو اعطاء النظير معنى اي هي ما ذكرنا واذا كانت كذلك فيصير جنسا للمتكلم الاول بما وضعه به واخبرعنه به معنى لان يا زاني في معنى ادعوك وانت زان **قوله** ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة فاما اذا ترافعا ولا لعان لانهما قاذفان فان قذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي تقديم احدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمت الام فحد سقط اللعان لانها شهادة ولو خاصمت المرأة اولا لاعن القاضي بينهما فاذا خاصمت الام بعده حد القاذف فقدمنا الحد درءا للعان الذي هو في معناه ولو كانت قالت في جواب قوله يا زانية زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فتكون قد صدقته في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا فلم يصدقها عليه وهذا معنى قوله وانعدامه منه اي انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان ويحتمل انها ارادت زناي ما كان من تمكيني اياك بعد النكاح وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة ويجري مجازا للمشاكلة مثل وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن اطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكرمعه وعلى هذا لا حد عليها لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعيين احد التقديرين بعينه متعذر فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله فجاء ما قلنا اي من انه لا حد ولا لعان ولولا ان مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب الحد البتة عليها القذفها اياه اذ النسبة الى الزنا تنصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب ان تحلف الزوجة انها لم ترد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بتعيين واحد في وجه وعلى الزوج الحد ونحالان هذا ما ليس اقرارا صحيحا بالزنا وبقولنا قال احمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان وهذا ظاهر **قوله** ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا للزوجة فيلاعن وان نفاه اولا ثم اقر به قبل اللعان يحد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد لان اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب بين الزوجين في زنا الزوجة والاصل فيه اي في اللعان ما هو الاصل في حد القذف لانه قذفها فاذا بطل الحلف بطلان التكاذب صير الى الاصل فيحد الرجل وقوله وفيه خلاف ذكرناه في اللعان الذي ذكره في اللعان انه اذا اكذب نفسه بعد اللعان بنفي الولد وتفريق القاضي حده القاضي وحل له ان يتزوجها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله والولد ولده في الوجهين اي ما اذا اقر بالولد ثم نفاه او لا ثم اقر به لاقراره به سابقا في الاول فيثبت ولا ينتفي بما بعده ولاحقا في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب الخ جواب سؤال هو ان يقال سبب اللعان ليس الا نفي الولد فاذا لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب الا ترى انه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاعن ولا ينقطع النسب كما يصح بلا ولد اصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هناك ينقطع نسبه واما انه لو نفى نسب ولد امرأته الامة فانه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصح لكن

وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليها الحد لانعدام امارة الزنا قال ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطي في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد

لا دخل له في الجواب **قوله** وان قال اي الزوج الذي جاءت زوجته بولد ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا نكر ابنيها انكر الولادة فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها اياه وبنفي ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار الزنا منها **قوله** ومن قذف امرأة ومعها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي وقت القذف او ميت فلا حد عليها لو قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يحد ولو انه بعد اللعان ادعى الولد فنفى او لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره او هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو اقامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكره يثبت النسب منه ويحد قاذفها بعد ذلك لا يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرافعته واقامت بينة انه كذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او بمعاينة وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها اي الى الامارة وهي اي العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داود في حديث هلال بن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين انه يرث امه وترثه امه ومن رماها به جلد ثمانين ومن دعاه ولد زنا جلد ثمانين اشكل على المذهب والائمة الثلثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها اجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره الا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا نعلم خلافا في ذلك الا ان الشافعية في وجه انه اذا قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انها لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي بان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته لا يسقط احصانها وانما هو لتنتفي الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عقابه بان يضاف الى عذاب الزنا وعذاب الشهادة المؤكدة بالايمان المغموسة او يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد اول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل واما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ورود السؤال انما هو بناء على انه كلام تحقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له

قوله ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة هي شرط الاحصان ح انما هو تشنيع بانه لما لم يكن بحيث يحصل عند الاحصان بل هو مجموع امور العفة احدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة ولان القاذف صادق لان الوطي في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه او ابهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا نعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا آخر او ابهم نص عليه في اصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن ابي ليلى ووجه قولنا ان النص انما اوجب الحد على من رمى المحصنات ومعنى المحصنين والزنا لا يقتضي الاحصان فرميه رمي غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم واذن بعد التوبة فيعزر والاصل فيما يعرف به الوطي يسقط الاحصان والوطي الذي لا يسقطه ان من وطئ وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه على قاذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد وان كان وطيا محرما لغيره يحد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم لعينه هو الوطي في غير الملك من كل وجه

بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رحمه الله لان الملك زائل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح

كوطي المحرمة الاجنبية والمكرهة اعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم فلا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلهذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطي ذكره في المبسوط وامة غيره او من وجه كالامة المشتركة بين الواطي وغيره وكذا لو وطي في الملك والحرمة مؤبدة كوطي امته التي هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة موقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطي امة الاختين والزوجة في حالة الحيض والنفاس فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط في عدم ثبوت حد القاذف للواطي في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة ابيه بالنكاح او بملك اليمين فلو تزوجها الابن او اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة او جمع بين اختين وطيا بملك يمين او نكاح او بين امرأة وعمتها وخالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطي الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة ومسها مع شهوة بحيث انتشر معه ثم تزوج بنتها او امها او اشتراها فوطئها حد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتابيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية ابنه فوطئها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف بين العلماء وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة ولان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطي الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله او بالحديث المشهور مثاله حرمة وطي المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولهذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطي امته التي هي خالته من الرضاع او عمته لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** بيانه شروع في تفريع فرع آخر على الاصل اذا قذف رجلا وطي جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار اي بالقذف الاول لا يعمل هنا فانها ليست مقارنة بل وقعت متاخرا والمفروض ان بالاقرار تقرر حق الآدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لانه اي الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد **قوله** وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها يعني زنت في نصرانيتها فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان قال زنيت وانت كافرة وكذا لو قال المعتق زنيت وانت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزمه حد لان الزنا تحقق من الكافر ولهذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين ان يكون يقام عليه الحد او لا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراة شراء فاسدا او امرأته وهي حائض او مظاهر منها او صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها او مكاتبة فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك فكانت الحرمة في كل من هذه التقادير موقتة مع قيام الملك فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه الملك فلا يسقط احصانه بالوطي فيه ولا يحد قاذفه وعن ابي يوسف ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك

ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضہ ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابى حنيفة رحہ وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر فى النكاح واذا دخل الحربى دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذى وموجب اذاه الحد واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعى رحہ تقبل اذا تاب وهى تعرف فى الشهادات واذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا فى حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده فان ضرب سوطا فى قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابى يوسف رحہ انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح

زائل فى حق الوطى ولهذا يلزم السيد العقر لها ولو بقى الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطى امته المجوسية والحائض ونحن نقول ان قلتم ان ملك الذات انتقاض من وجه كالمشتركة فممنوع وان عنيتم ان ملك الوطى انتقض سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فيثبت ان الحرمة لغيره اذ هى موقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الاحصان كالراهن اذا وطى امته المرهونة وهى بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان ذكره فى المبسوط ولو قذف رجلا وطى امته وهى اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة موبدة وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخى فانه يقول لو وطيها لا يسقط الاحصان وهو قول مالك واحمد والشافعى رحہ لقيام الملك فكان كوطى امته المجوسية وجه الصحيح ان الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت موقتة اما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل اصلا فكيف تجعل لغيره **قوله** ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة فى شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة فى انه مات حرا او عبدا فاورث شبهة فى احصانه وبه يسقط الحد ولا اعلم فيه خلافا من يعتبر الحرية من الاحصان **قوله** ولو قذف مجوسيا تزوج بامه يعنى لو تزوج مجوسى بامه او بنته ثم اسلم ففسخ نكاحها فقذفه مسلم فى حال اسلامه يحد عند ابى حنيفة بناء على ما مر ان الانكحة لها حكم الصحة عند ابى حنيفة وقالا لا يحد بناء على ان ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقد مر فى كتاب النكاح فى باب نكاح اهل الشرك **قوله** واذا دخل الحربى دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى ان لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة ان لا يؤذى وفى بعض النسخ طمع ان لا يؤذى فكان ملتزما موجب اذاه وهو الحد **قوله** واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعى فعنده تقبل شهادته اذا تاب كل تائب اذا تاب من الشرب وغيره من المعاصى وهى خلافية تعرف فى الشهادات ان شاء الله تعالى **قوله** واذا حد الكافر فى قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة وبهذا الحد الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد لان النص لم يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف ... فلم تدخل تحت الرد ... ثم اسلم لا تقبل شهادته ... والشهادة ابدا والردة ما زادته الا خيرا فبالاسلام لا تحدث له شهادة ... الكافر الاصلى ... قبلت مطلقا على اهل الاسلام وغيرهم وبه يندفع ما قيل ينبغى ان لا تقبل بعد الاسلام على اهل الذمة لانها كانت قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه اخرى نافذة على الكل لا على اهل الاسلام فقط او على المسلمين وتبعيته على الكافر وهذا بخلاف العبد اذا حد فى قذف ثم اعتق فانه لا تقبل له شهادة ابدا لانه لم تكن له شهادة فى تلك الحال للرق وقد وجب الحد عليه ... شهادته مع الجلد فينصرف الى ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة حادثة او قائمة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا او الحادثة شهادة واقعة فى الآثار فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما فى الوسع فحينئذ كان برد شهادته والامتثال انما يتحقق برد شهادته القائمة ان كانت ولا فيما يحدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت ... الا ... فلو حدثت اخرى ... كان بلا مقتض اذ الموجب احد مقتضاه **قوله** واذا ضرب يعنى الكافر سوطا فى حد ثم اسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة للحد والمقام بعد الاسلام بعض الحد وبعض الشئ ليس هو ذلك الشئ فلم يكن رد الشهادة صفة له وعن ابى يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح لما ذكرنا وعرف انه لو اقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم اسلم واقيم الباقى تقبل شهادته عند ابى يوسف ايضا وادرد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام

النصف

قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو كذلك كله اما الآخران فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني

فينبغي ان لا يكون صفة وايضا جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر ايجيب بان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن القبول وليس احدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما بما يمكن والممكن رد شهادته قائمة للحال فيتقيد النهي بها وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر واصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا للحد او التعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة عن ابي حنيفة ثلث روايات احدها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامة للاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المص عن ابي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلثة في النصراني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكر في الجامع الصغير **قوله** ومن زنى او شرب او قذف غير مرة فحد فهو كذلك كله سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة او بكلمات لان يقول يا فلان انت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان يقذف قبل ان يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم لا يحد ثانيا الا اذا كان يقذف آخر مستأنف وحكى ان ابن ابي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ ابا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا اخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول اخذه بدون طلب المقذوف والثاني انه لو خاصم وجب حد واحد والثالث فيما ان كان الواجب عنده حدين ينبغي ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي ان يتعرف ان والديه في الاحياء او لا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك الشوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه ايضا في فروع نختم بها وقوله غير مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة الى من زنا غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيف ما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا والشرب فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار عن فعله في المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فيتمكن شبهة فوت المقصود في الثاني والحدود تدرئ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به من الاجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرار عند التكرار فالتكرار الواقع بعد حد الاول من هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الآية ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم

وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا تتداخل

فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عينه وهو اعم من كونه بوصف الكثرة او القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا للحد مائة او ثمانين ليس غير فاذا جلده ذلك وقع الامتثال ثم هو ايضا ترك مقتضى التكرار بالتكرير فيما اذا قذفه فحد مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحد مرتين في حد الزنا والقذف فالحق ان الاستدلال بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبني اثبات انه او حق آدمي فما ذكره المصنف اخصر واصوب وقوله واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان مجابا بلا حاجة الى الحاقه بل بعين الدليل المذكور يجري فيه وهو انه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى للمقصود الا انه جار عن الاعراض فبحيث اقيم ثبت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره فليس غير قوله بخلاف ما اذا زنا وقذف وسرق ثم اخذ يعني وثبتت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حد وزنا في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا بعضا من النصوص عن موجبه

فروع ثبت عليه باقراره والسرقة والشرب والقذف وفقأ عين رجل بيده بالقصاص في العين لانه محض حق آدمي ثم اذا برئ اخرجه فحده للقذف لانه استوجب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحده بالزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله وهو ثابت بالنص يتلى ويجعل حد الشرب آخرها فانه اضعف لانه بما لا يتلى وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم السنة وكلما اقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحد وهو منهي عن ذلك وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل النفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمعنى ان المقصود الزجر له ولغيره واتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا انه يضمنه السرقة لو اتلفها لانه وجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد ولهذا يضمنه فيؤمر بالقيام من تركته ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي ان اراد ان يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عمر في الغامدية او يبعث امينا كما فعل في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا انكره ولا في شيء من الحدود لانه لا يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود ولان النكول اما بذل والبذل لا يكون في الحدود او قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف عليهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة اخذ المال بقيد فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة عند نكوله يقتضي بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا اقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يطلقونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني وهم عدول حد وان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفل على ما تقدم من الزنا فارجع اليه ولا يكفل

واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رحمه الله لا يختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لان المغلب فيه حق العبد عنده

فى شىء من الحدود والقصاص فى قول ابى حنيفة وابى يوسف الاول وله اجاب ابو حنيفة وفى قول ابى يوسف الآخر وهو قول محمد يوخذ منه الكفيل فلهذا لا يحبس عندهما فى دعوى حد القذف والقصاص لا خلاف فانه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجرى فى ايفائهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه فى الايفاء وهذا لا يتحقق فى شىء من الحدود فاما اخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند ابى حنيفة اذا زعم المقذوف ان له بينة حاضرة فى المصر وكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان احضر بينته والا خلى سبيله وعند ابى يوسف ومحمد يأخذ منه بنفسه الى ثلاثة ايام وقالا حد القذف فى الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد فى اخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعى من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وابو حنيفة يقول بناؤها على الاحتياط والحدود يحتاط فى درئها لا اثباتها وكان ابو بكر الرازى يقول مراد ابى حنيفة ان القاضى لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه فلا باس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل فى الكفالة بالنفس انما يطلب بهذا القدر فاما ان اقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضى بالعدالة فهو كما لو لم يقيم احدا لا يلتزمه الا الى آخر المجلس وان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال لى شاهد آخر يومين او ثلثة هذا القدر استحسان وهذا كله عند ابى حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس بالحد وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه فلا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف فى المكان او الزمان لا تبطل شهادتهما عند ابى حنيفة وعندهما يمنع قبول الشهادة لانهما شهدا بسبب موجب للحد فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كما لو اختلفا فى اقراره بالقذف والشافعى وابو حنيفة يقول القذف قول قد يتكرر فيكون حكم الثانى حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما فى المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس فى الاشهاد والاقرار الا انى استحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الاشهاد بدليل ان من تزوج امرأة ثم اقر انه كان قذفها قبل النكاح كان عليه الحد ولو قذفها فى الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا فى اللغة التى وقع القذف بها فى العربية والفارسية وغيرها بطلت شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يمكن الاختلاف فى العبارة ونحوه وكذا لو شهد احدهما انه قال يا ابن الزانية والآخر ليست بابيك ولو شهد احدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه اقر انه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل فى اثبات القذف كتاب القاضى ولا الشهادة على الشهادة ولو كان القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضى عندى بينة تصدق قولى اجل مقدار قيام القاضى من مجلسه من غير ان يطلق عنه ويقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتى بهم اطلق عنه ويبعث معه واحدا من شرطه ليرده عليه وفى ظاهر الرواية لم يفصل الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضى فلا يكون له ان يوخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر كالتأخير الى ان يحضر الجلاد وعن ابى يوسف ليستأنيه الى المجلس الثانى لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة اربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا فى الشهود يمهل الى المجلس الثانى وجوابه ما قلنا وعرف انه لا تقبل منه الاربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين فان شهد رجلان او رجل وامرأتان على اقراره بالزنا يدرء عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكان سمعنا اقراره بالزنا الا انه لا معتبر بالاقرار لاسقاط الحد لا لاقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود وزنا المقذوف قبل ان يقام الحد على القاذف او

فصل في التعزير

وطئ وطئاً حراماً على ما ذكرنا ولو ارتد سقط الحد عن القاذف ولو اسلم بعد ذلك لان الاحصان اذا قذف شرط فلا بد من
وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس او عته ولكن لا لزوال احصانه بل لتمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلقن القاضي
الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود جنس آخر تقدم ان قوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس لا حد عليه … في
المبسوط وفي فتاوى قاضي خان قال انت ازنى الناس او ازنى من فلان عليه الحد ولو قال انت ازنى مني لا حد عليه ولو قال لها
يا زانية فقالت انت ازنى مني حد الرجل وحده ولو قال لها انت زانية فقالت زنيت بك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأته وطئك فلان وطئا حراما
او فجر بك او جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان او اشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك فهو قاذف
لهما لان العادة ان لا معية حالة الزنا فانصرف الى معية الفعل ومن الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو
كقوله لست لانسان لست لرجل ليس بقذف رجل قذف ولده او ولد ولده لا حد عليه ولو قذف اباه او امه او اخاه او عمه حد قال لرجل قل
لفلان يا زاني فان قال الرسول للمرسل اليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زاني حد الرسول
خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بالقذف بعد ذلك ولو قال يا ابن الحجام او يا ابن الحائك لا حد ولو قال لرجل
يا ابني لا حد عليه لانه تلطف وكذا يا ابن النصراني او يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في بيت لم يشرب الخمر
ولم يزن فقال آخر همه كرده است لم يحد لانه ليس باشارة الى هذه الافعال ولو قال اين همه كرده است فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وي
اين همه كرده است يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين احدكما زان
فقيل له هذا هو لا حد بها فقال لا حد عليه لان اصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا يجب عليه الحد لان القذف فيه وجب الحد فيه
لكل واحد … ما لم يعين المستثنى من فروع تداخل حد القذف ما ذكره الصدر في التجنيس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب
اربعين ثم جاء بعد الآخر تمم الثمانين لان ما مضى اربعين وقع لهما فبقي الباقي اربعين ولو قذف آخر قبل ان ياتي به الاول الثمانون تكون لهما جميعا فلا يضرب ثمانين مستقبلا
لان ما بقي تمامه حد الاحرار فجاز ان يدخل فيه الاحرار وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا روسپي يحد ولو قال يا قحبه يعزر

فصل في التعزير لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي اكدها اتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تاديب دون الحد واصله من العزر
بمعنى الرد والروع وهو مشروع في الكتاب قال الله تعالى واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تاديبا وتهذيبا وفي الكافي قال عم لا ترفع عصاك
عن اهلك وروي انه عم عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وفي المحيط روي عنه عم قال رحم الله عبدا علق سوطه حيث يراه اهله اقوى من هذا الحديث قوله عم لا يجلد فوق عشر
الا في حد وسياتي وقوله فاضربوهم على تركها لعشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير واجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو ان الزجر عن الافعال السيئة كيلا تميل
فيستدرج الى ما هو اقبح وافحش واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي انه ليس فيه شيء مقدر بل مفوض الى راي القاضي لان المقصود منه الزجر واحوال الناس
مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير
اشراف الاشراف وهم العلوية والعلماء بالاعلام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا فتنزجر وتعزير الاشراف
وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير

الاخسة بهذا كله وبالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال عندهما وباقي الائمة الثلاثة لا يجوز وما في الخلاصة سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي ذلك او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشائخ كقول ابي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل احد بعلة النيابة عن الله تعالى وسئل ابو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امراته ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المراة يحل قتلها ايضا وهذا تنصيص على ان الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك حيث قال من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا راه الامام واجب وقول مالك واحمد وعند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني رايت امراة فاصبت منها ما دون ان اطاها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي ارضه فلم يوافق غرضه ان كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان ما كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطي جارية امراته او جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا راى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة او علم انه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم انه انزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما اصاب من المراة فانه لم يذكر للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره له ليس الا الاستعلام بموجبه ليفعل معه واما حديث ابن الزبير فالتعزير لحق آدمي وهو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضي خان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو على الشهادة والشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا انكر انه سبه يحلف ويقضى بالنكول ولا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك انه يجري فيه ما ذكروا اما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا انه يجب على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم انه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يتفرع عليه انه يجوز اثباته بمدع شهد فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروة وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محله ما كان من حقوق الله تعالى ولا منافاة لانه اذا كان ذا مروة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا القذف يعني بالضرب في اول مرة فان عاد عزره صرح بالتعزير ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروة

ومن قذف عبداً او امة او ام ولد او كافراً بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه

يوعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك ذكره عنه في الدين والصلاح قوله ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر بالاجماع الا على قول داؤد في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر لانه اي بهذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق ومثله يا لص او يا فاجر او يا زنديق او يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط او يا لوطي او قال انت تلعب بالصبيان يا اكل الربوا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ماوى الزواني يا ماوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر بكل هذا مطلقا في فتاوى قاضي خان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح اما لو قال لفاسق يا فاسق او للص يا لص او للفاجر يا فاجر لا شيء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قوله انه اذاه بما الحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذا اما في من علم فان الشين قد الحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شيء عليه وان اراد انه يعمل عملهم عزر على قول ابي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت او هزل من تعود الهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة او بهيمة عزر قال المص الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا لانه من جنس ما يجب به الحد وهو الرمي بالزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الرأي الى الامام قوله ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يلحق به شين اصلا بل انما الحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذئب يا حجام يا بغيا يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا مسخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في يا كشخان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به والقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرص والقواد و عدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوها هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ ذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضي خان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح انه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذيب وذكر قاضي خان عن اماليه ابي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح والمص استحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فحصلت ثلاثة والمذهب هو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندواني يعزر مطلقا والتفصيل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله او لا فلا ويعزر في مقامر وفي قذفه قيل في بليد وانا اظن انه يشبه يا ابله ولم يعزر وابه قوله والتعزير اكثره تسع وثلثون سوطا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل في نقصه من الحدود قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكر البيهقي ان المحفوظ انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ماجة في فوائده ثنا محمد بن حفص الاصبهي ثنا عمر بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن

ما الحق سلطنين بالمتيقن بنفيه وقيل في عرفنا بغير لا تعيين شيئا وقيل ان كان المتهم من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر بالاعلام
يليق بهم التعزير بذلك وان كان من العوام لا يعزر به هذا احسن في التعزير فاكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف
يبلغ التعزير خمسا وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة
ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار
اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه

عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا
فقال اخبرنا مسعر بن كدام اخبرني ابو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ
الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند اكثر اهل العلم واذا لزم ان لا يبلغ به حدا وابو حنيفة ومحمد نظرا الى حدا في
عموم النكرة في النفي فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور خصوصا
والمحل محل احتياط في الدرء وابو يوسف اعتبر اقل حد الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا في رواية هشام
عنه وهو قول زفر وهو القياس لانه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النفي عنه وفي ظاهر الرواية عنه
خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر في تعزير رجل بتسعة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين وكان
يعقد لكل خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر ثم عقد الاربعة الاخير لينقصها عن الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر
بخمسة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين قال وروي مثله عن عمر يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح ونقل عن ابي الليث
قال قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار وهو ثمانون والنصف من حد العبيد واكثره خمسة فتحصل خمسة وسبعون
ونقص خمسا اعتبارا بهذا الاخذ وهو بعيد ومعتمده انه اثره عن علي كما ذكر في الكتاب من انه قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذ ا
الغرض انه لا يدرك بالرأي فيجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه بعد ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب ونقله البغوي
في شرح السنة عن ابن ابي ليلى وابي يوسف قال الشافعي في الحر وقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي
الاحرار اربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد في التعزير على الحد اذا رأى المصلحة في ذلك مجانبا لهوا النفس لما روي
ان معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه وكلم فيه
فضربه مائة اخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه وروى الامام احمد باسناده ان عليا اتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين الشرب
وعشرين سوطا لفطره في رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز ان يبلغ بما هو اهون من الزنا ما فوق ما فرض في الزنا وحديث
معن يحتمل ان ذنوبه كانت كثيرة او كان ذنبه يشتمل كثيرا منها التزوير والاخذ من بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة لغيره ومن كانت نفسه عارية من
الاستشراف فيها وحديث النجاشي ظاهر انه لا احتجاج فيه فانه نص فيه على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان وقد نص على انه لهذا المعنى ايضا
الرواية الاخرى القائلة ان عليا رضي الله عنه اتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين لجرأتك
على الله تعالى وافطارك في رمضان فان الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث وعن احمد لا يزاد على عشرة اسواط وعليه حمل بعض اصحاب
الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي فقد صح منه ما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابي بردة انه قال لا يجلد
فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله واجاب اصحابنا عنه وبعض الشافعية بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار احد وكتب عمر
الى ابي موسى ان لا يبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين وبما ذكرنا من تقدير اكثره بتسعة وثلاثين يعرف ان ما
ما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى رأي الامام اي من انواعه فانه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ولكن لا اقصى له

تقييد

فيعزره. ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به الزجر، وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام يقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه على قدر عظم الجرم وصغره، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف. قال: وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل لأنه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفي به فجاز أن يضم إليه، ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير. قال: وأشد الضرب التعزير لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء. قال: ثم حد الزنا لأنه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم. ثم حد الشرب لأن سببه متيقن به. ثم حد القذف لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا، ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف.

في خصوص إذا اقتضى الحال أنه لا ينزجر إلا بتسعة وثلاثين **قوله** ثم قدر الأدنى في الكتاب يعني القدوري بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام يقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لأنه يختلف باختلاف الناس ووجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري أنه لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح في الخلاصة فقال واختيار التعزير إلى القاضي من واحد إلى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري أنه إذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الإمام أن هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لأنه حيث وجب التعزير بالضرب فأقل ما يلزم أقله إذ ليس وراء الأقل شيء وأقله ثلاثة ثم يقتضي هذا أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت العشرون أقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى أنه لا ينزجر بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فإنه أقل ما يجب منه في ذلك الرجل ويبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين أنه لو رأى أنه لا ينزجر إلا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك بضربه الأكثر فقط نعم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا **قوله** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه على قدر عظم الجرم وصغره واحتمال المضروب وعدم احتماله وعنه أنه يقرب كل نوع من أسباب التعزير من بابه فيقرب بالمس والقبلة للأجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه يعزر في اللمس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير ويعزر في قوله يا فاجر ويا خبيث أقل جلدات التعزير لكن في فتاوى قاضي خان أن أسباب التعزير إن كانت من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير وإن كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب به أيضا فيكون مفوضا إلى رأي الإمام **قوله** إن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها وهو في شك من انزجاره بها فيضم إليه الحبس لأن الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو رأى الإمام أن لا يضربه ويحبسه أياما عقوبة فعل ذكره في الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفي به وقد ورد به الشرع في الجملة وهو ما أسلفناه من أنه عليه السلام حبس رجلا في تهمة فجاز أن يضمه إذا شك في انزجاره بدونه **قوله** ولهذا أي لأن الحبس بمفرده يقع تعزيرا لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته أي لم يشرع الحبس تهمة بما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو أنه ضربه وأقام شهودا لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود وهذا لأنه إذا عدلت الشهود لم يكن إقامة الواجب حبسا فقط وكان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم إعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لأنه إذا شهدوا بما يوجبه ولم يعدلوا لو حبس لأنه إذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به سببا آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة **قوله** وأشد الضرب التعزير لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوت المقصود من الانزجار ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط أن محمدا ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسألة روايتان بل موضع ما ذكر في الحدود إذا وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الإخراج وإذا بلغ غايته التعزير فرق على الأعضاء وإلا فسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضع ما في الأشربة ما إذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها وإذا أحد عددا يسيرا فالإقامة في موضع واحد لا يفسده وتفريقها عليها لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في

ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

محل واحد على هذا المعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل اذ صح انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا ثم حد الزنا يلي التعزير في الشدة لانه ثابت بالكتاب وهو اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثابت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن ونحو زمنه عم كان غير مقدر على ما تقدم ولان سببه متيقن فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد الشرب متيقن السببية لكن لا يتيقن الثبوت لانه بالبينة او الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل يلزم ما انه شرعا بمعنى ان عنده ما يتيقن يلزم الحد وان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة والاقرار فلا يقع فرق ح بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه قرية وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ مرة اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال على رض اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد وتنظر الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير واخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يجرد ويعزر في ازار واحد وفي الفتاوى قاضي خان يضرب في التعزير قائما عليه ثيابه ينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير **قوله** ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي رح يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون بالغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين عليه في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير لحق الله تعالى وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد ولانه لا بد له من الفعل والاعوقب والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسببها القريب وهو بين ان يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه او يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مولم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المولم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناية في الفعل والاطلاق وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ونحوه يضمن اذا عزر امراته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المراة من وجه آخر وهو استقامتها على ما امر الله به وذكر الحاكم لا يضرب امراته على ترك الصلوة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي ولو جامع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد ومن تتمة الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير ان يجيبه قالوا لو قال له يا خبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس و اذا اساء العبد الادب حل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفي الفتاوى القاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى ان يظهر التوبة وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلوة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى انه يخلق الفعل ان تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها ان كانت المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روى عن عمر انه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة وفي فتاوى قاضي خان قالوا ان كان يعتقد السحر حلالا وقال لا يكفر كيف يقتل فان قال ان السحر حق يقتل

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه

اخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجته بتلك اللعبة فهذا ساحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد ان لها اثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير اعني عدم الحكم بارتداده فينبغي ان يكون حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما يعلم ان فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يغير على ابنه حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبهة الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم يبيع الخمر او ياكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية وكذا من قبل اجنبية او عانقها او مسها بشهوة والله اعلم

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود والانزجار عن اسبابها بحسب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي من ترتيبها في التعليم ترتيب اسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته اعظم تقدم على ما هو اخف لان تعليمه وتعلمه اهم واعظم المفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدي الى افساد العرض وهو القذف فانه امر خارج من الذات يؤثر فيها ويلزق امر اقبيها ويليه ما يؤدي الى اتلاف المال فانه الاخر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان اخرا فاخر وللسرقة تفسير لغة وهي ما ذكر في الكتاب وهي اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا انما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع ففي شروط الثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل للسرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي اخذ العاقل البالغ عشرة دراهم او مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعم الشبهة في التاويل فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الاخر او ذي الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى تعين بما لا مرد له كالصلوة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعاء قط هذا فسيأتي في السارق من السارق خلاف قوله والمعنى اللغوي يعني الخفية مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء وذلك في سرقة النهار في المصر او ابتداء لا غير وهي في سرقة الليل فانه اذا دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا واخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك من الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخول اللص لا يعلم كونه فيها او يعلم اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله او كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولو كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن غير المالك او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والمستبضع

قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك رح بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا للدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم

والرحمن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة غير الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور واما شرطه وهو الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في اثناء المسائل **قوله** واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم وما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب **قوله** ولا بد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل تقطع بكل مقدار من المال او لا بد من مقدار معين لا تقطع في اقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عم لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدر لقوله عم لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التأويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة من الحديد او النسخ ولو قيل وتسخ القضايا ليس اولى من نسخ ما رويتم قلنا لا تاريخ لبقي وجه او لوية الحمل وهو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبتقييد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع اصلا كحبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية وكذا لا يخفى اخذه فلا يتحقق باخذه ركن السرقة وهو الاخذ خفية ولا حكمة الزجر ايضا لانها فيما يغلب فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الزاجر عنه فهذا المخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف القائلون المقدار معين في تعيينه فذهب اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك واحمد الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطائه عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد الرحمن ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنا عشر بدينار فقطع عثمان يده قال مالك احب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف او اتضع وذلك انه عم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في اترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعته الى انتهاء وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم اخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها ففي مسند احمد عن عائشة عنه عليه السلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم فتظهر ان المراد مما ذكر المص من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا للدرء فعرف انه قد قيل في ثمن المجن اكثر مما ذكروا وحيد بذلك حديث ايمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن ايمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عليه ونقل عن الشافعي رح انه قال لمحمد بن الحسن رح هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تقطع في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن ايمن بن ام ايمن اخي اسامة ابن زيد لامه فقال الشافعي لا علم لك بالرجال ايمن ابن ام ايمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل ان يولد مجاهد قال ابن ابي حاتم في المراسيل

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال فى الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع

وسألت ابى عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن ايمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق فى ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابى هو مرسل واری انه والد عبد الواحد بن ايمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر ان ايمن اسم للصحابى وهو ابن ام ايمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعى آخر وقال ابو الحجاج المزى فى كتابه ايمن الحبشى مولى بنى مخزوم وروى عن سعيد وعائشة وجابر وعنه ابنه عبد الواحد وثقه ابو زرعة ثم قال ايمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن ابى عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائى ما احسب له صحبة وقد جعلهما اسمان لتابعين اما ابن ابى حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن ابى حاتم مولى ايمن الحبشى مولى ابن ابى عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد سمعت ابى يقول ذلك وسئل ابو زرعة عن ايمن والد عبد الواحد فقال مكى ثقة وقال ابن حبان فى الثقات ايمن بن عبيد الحبشى مولى ابن ابى عمر المخزومى من اهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن ايمن وكان اخا اسامة بن زيد لامه ومولى يقال له ايمن ابن ام ايمن مولاة النبى صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه فى القطع مرسل فهذا يخالف الشافعى وغيره ممن ذكر ان ايمن ابن ام ايمن قتل يوم حنين وانه صحابى حيث جعله من التابعين وكذا فعل الدارقطنى فى سننه ايمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبى صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذى يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار اروى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف فى ايمن راوى قيمة المجن بل هو صحابى ام تابعى ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره ابو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره ويرجح فقد اختلف فى تقويم المجن اهو ثلاثة او عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما امكن فى الحدود ثم يقوى ما رواه النسائى ايضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه الدارقطنى ايضا واخرجه هو واحمد فى مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وكذا اسحق ابن راهويه وروى ابن ابى شيبة فى مصنفه فى كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المص وتايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا فى دينار او عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبرانى فى معجمه واشار اليه الترمذى فى كتابه الجامع فقال وقد روى عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا فى دينار او عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن فى مسند ابى حنيفة من رواية ابى مقاتل عن ابى حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال كان تقطع الايدى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عشرة دراهم وهذا موصول فى رواية خلف بن ياسين عن ابى حنيفة انما كان القطع فى عشرة دراهم واخرجه ابن خسرو من حديث محمد بن الحسن عن ابى حنيفة يرفعه لا تقطع اليد فى اقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا فكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع قوله واسم الدراهم يعنى فى الحديث وهو قوله

والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس

او عشرة دراهم مطلق على المضروبة عرفا فاذا اطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري وهو ظاهر الرواية وهو الاصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال الجناية لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا اشترطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا تقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف نقصان الذات وعن ابي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة حتى لو سرق عشرة تبرا اي فضة غير مضروبة قيمتها اقل من عشرة مسكوكة لا يجب القطع على ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وانت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة قوله والمعتبر وزن سبعة يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل كما في الزكوة وتقدم بحثنا فيه في الزكوة هو انه ينبغي ان يراعى اقل ما كان من الدراهم على ما قالوا واما هنا فمقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة اصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى اصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بانه اولى للحدود ما كان دارئا كان اولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا ان كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرها بوزن سبعة ولا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا قوله وقوله اي قول القدوري او ما تبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا حتى لو سرق دينارا قيمته اقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون تقويما به لا قيمة الوقت اي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جيادا بوزن سبعة مثاقيل او اكثر سواء كان في الوقت كذلك او لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمته غير الفضة عشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله او فوات لبعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد قيمته فيها عشرة فاخذ في اخرى وقيمتها فيها اقل لا يقطع وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق اقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مسكوكة لا يقطع لانه يخالف النص في محل النص وهو قوله لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم في محل النص وهو ان يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب الماخوذ وعليه فرع في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر في علامة فتاوى سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم الا ترى انه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوي درهما ولا بد ان يكون المسروق منه نصابا كاملا حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر ان يتغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب مرة واحدة فلو اخرج بعضه ثم دخل واخرج باقيه لا يقطع قوله والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف فيتكامل

ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا باقراره مرتين و
ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما
ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد
فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع
في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع

وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة صيانة لاموال الناس والرق منصف فما امكن فيه التنصيف نصف ما عليه بتحصيل موجب العقوبة وما لا كمل
ضرورة والا احدث السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد
فحد على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الاخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول
الارقاء **قوله** ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي واكثر علماء الامة وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره
مرتين وهو قول احمد وابن ابي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن ابي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلوا
بالمنقول والمعنى اما المنقول فما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي انه عليه السلام اتي بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال
صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرر اقراره واسند
الطحاوي الى علي رضي الله عنه ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه واما المعنى
فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود فنظيره الحاق الاقرار في حد الزنا بعدد
بالشهادة فيه ولابي حنيفة ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال
ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم
حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة واما المعنى
فمعارض بحد القذف والقصاص وهو ان لم يكن فهو في معناه ومن حيث انه عقوبة بكذا ظهر الموجب مرة فيكتفى به كالقصاص وحد القذف والقياس على الشهادة
مع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على ان الاقرار ان دل بما في
فالثاني لا يفيد شيئا اذ لا يزداد صدقا واما الكذب فبالثاني لا يصير صدقا فظهر انه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدته منع احتمال كونه يرجع عنه اجاب المصنف بقوله
وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار فله ان يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه لان صاحب المال يكذبه فلا يقبل رجوعه
عنه واما النظير المذكور اعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم ان ذلك بطريق القياس كيف واصله اعني الشهادة وفي علته
العيون حكمه وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع ان كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت
بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه اعلم **فروع** في عيون المسائل قال سرقت من فلانة مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في
العشرة دنانير ولا يضمن المائة هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول ابي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة واقر بعشرة دنانير
فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع
وبه ينتفي الضمان بخلاف قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ووجب القطع
فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه اقر بسرقة
مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو انه صدقه في الرجوع الى
المائة لا ضمن [illegible] وفي علامة العيون [illegible] قال انا سارق هذا الشيء [illegible] ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحد ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة **قال** واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة

والاول على الحال **قوله** ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع الامة **قوله** وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار وادخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر جواب الثلاثة او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الآخر او ناول رفيقا له على الباب فاخرجه ويسألهما عن ماهيتها فانها تطلق على استراق السمع والنقص من اركان الصلوة وعن زمانها لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهد بها يضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم ايضا ما ورد من ان التقادم ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تاخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمعارض فانهما يسألهما عن المكان لاحتمال انه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا في الكافي وعن المسروق اذا سرقه اي عن ماهيته لانه قد يكون مالا لا يوجب القطع كما في الثمر والكثر وعن قدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وانت تعلم ان شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا تستلزم بيان النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم ان يقول سرق مالي وانا مولاه او جده وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول ابي يوسف يجوز ولم يقع التفصيل في هذا الحكم اعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من انه يحبس تهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب انه صار متهما بالفساد انه لو صح التكفيل ينبغي ان لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض وكذا ذكر في الفتاوى من تهيم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في الحبس الى ان يظهر التوبة بخلاف ما يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلوة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان ياخذه وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتوبة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غايبان لم يقطع ايضا حتى يحضروا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم وبمعنى القصاص ان لم يحضروا استحسانا كذا في كافي الحاكم

قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع ومعلوم تقييده قطعهم بما اذا لم يكن منهم احد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا انما يقطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد يعني وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصابا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع فيه المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره عن بيان السرقة وما يتصل بها **قوله** لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام اي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان اخذ واحرز وصار مملوكا التافه والتافه الحقير الخسيس من باب ليس كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير

والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحًا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا

والصيد بريا او بحريا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين الطين الاحمر ويجوز اسكانها والنورة **قوله** والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها هو ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه وسنده ثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في سنده ولم يقطع في ادنى من ثمن مجنة او ترس ورواه مرسلا ايضا ثنا وكيع عن هشام ابن عروة عن ابيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه اخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا اخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عائشة رضي الله عنها ولم يقل في عبد الله هذا شيئا الا انه قال لم يتابع عليه ولم ار للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان في روايته نظرا ولا يخفى ان هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن ابي شيبة ومتابعة عبد الرحمن بن سليمان واذا عرف هذا فقال المصنف ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته اي الاصلية بان لم تحدث فيه صفة متقومة غير مرغوب فيه حقير فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا ثم قوله بصورته ليخرج الابواب والاواني من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي ان يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كساير الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والابنوس واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه ولا يضن به الطباع اذا احرز حتى انه قلما يوجد اخذه على كره من المالك لا ينسب الى الجناية بناء على ان الظنة بها تعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف ولان الحرز فيها ناقص فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز قال والطير يطير يعني من شانه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه ان قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا ان هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي في الصيد قبل الاحراز بقوله عم الصيد لمن اخذه وهو حال كونه على تلك الصفة اي الاباحية تورث الشركة العامة شبهة فيه بعد الاحراز فيمنع القطع والوجه ان يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع واما قوله الناس شركاء في ثلاث فانما يتناول الخشب والقصب بلفظ الكلاء ففيه قصور ايضا قال ويدخل في السمك المالح والطري وصوابه السمك المليح او المملوح وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقل احرازه عنه واما قوله ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال اتي عمر بن عبد العزيز في رجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن ابي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال اتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للراي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف **قوله** وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وروي عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لان ما سوى هذه الاموال

قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز

محرزة فصارت لغيرها والاباحة الاصلية زالت فزال اثرها بالاحراز بعد التمليك هو قول الشافعي رح والحجة عليهما ذكرنا من حديث عائشة وثبوت الشبهة قوله ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والخبز ايضا ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا او غيره والفواكه الرطبة وعن ابي يوسف رح يقطع بها وبه قال الشافعي لما عنه عوم من رواية ابي داود والنسائي وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عبد الله بن عمرو انه عم سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع اخرجه ابو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق اربعتهم عن عمرو بن شعيب به واخرجه النسائي ايضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي توخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما اخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يوخذ من ذلك ثمن المجن قالوا يا رسول الله فالثمار وما اخذ منها في اكمامها فقال من اخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما اخذ من اجرانه ففيه القطع رواه احمد والنسائي وفي لفظ ما ترى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما اخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق بن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كايوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن ابي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو قال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأوي الجرين واخرجه عن ابن عمر مثله سواء اجاب بانه اخرج على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لكن ما في المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي ان يكون فيه الرطب في زمان وهو اول وضعه واليابس وهو الكائن في اخر حاله فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع في بعض الالفاظ الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جران فجاز ان يسمى به هنا الجراب المتخذ منه فكانه قال حتى يؤويه المربد او الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين اي المربد يجب اي حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الجرين الا ان نفس الجرين ليس حرزا ليجب القطع بالاخذ منه اللهم الا ان يكون له حارس مترصد والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وقوله لا قطع في الطعام اما الاول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فامر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الاول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل والوصل اولى لما عرف انه زيادة من الراوي الثقة وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحدود لان الحدود تندرئ بالشبهات ... التقدم ... فانه لا يضمن المسروق ... قيمته وان نقل ... على خلافه لانه ... الله تعالى

ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رح مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهو قوله تع فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يبع عنه عموم ذلك ففيه دلالة الضعف او النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض فبطل قول من قال تقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعني تفصيل الحديث المذكور بين ان ياكله من اعلى النخل فلا شئ عليه او يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات نكال او ياخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودي وهو صغار النخل وجزم في المغرب انه خطاء واما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اني لا اقطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه ويجب اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه عم لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رضه لا قطع في عام سنة

قوله ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن او فرح يستخف العقل فيصدر منه ما لا يليق كما تراه من صياح الثكليات وضرب خدودهن وشق جيوبهن فيما لا يجدي نفعا ولا يسلب مصيبتهن ثم يوجب لبعضهن من الله تعالى سواد الوجه وشدة سرور فيوجب ما هو معهود من ذوي الرعونة المسائل بلا خلاف اما عند الائمة الثلاثة فانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو ما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء في تقومها اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على انه يتاول فيها الاراقة فيثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفي من كتاب البوه قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان برواية علي بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب قوله ولا في الطنبور ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعن ابي حنيفة رح ان ضمنها لغير اللهو الا انه يتاول اخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي ومالك وهو رواية عن احمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية اخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفي رواية اخرى عن احمد ان اخذه يتاول القراءة لازالة الاشكال لا يقطع ووجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب واحرازه لاجله والآخذ ايضا يتاول اخذه لاجله لا للتبع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم اقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل ولكنا نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلمه واذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مثله انه ان كان الثوب مما يجعل عادة وعاء للدراهم قطع والا لا وهنا يرد دين العلم وعدمه فالحاصل انه يعتبر ظهور قصد المسروق فان كان انما قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمضروب وعدمه صحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم وهو المدار في نفس الامر

ولا يقطع في أبواب المسجد الحرام لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولأنه يتأول في أخذ الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لأنه غصب أو خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق السرقة بحده إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال أبو يوسف لا يقطع وإن كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه آدمي من وجه مال من وجه ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية

لا يطلع عليه ولا يثبت إلا بالإقرار وبالتقدم هو ما إذا لم يعلم بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه وذلك بأن يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم قوله ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بإحراز مثله وكذا القطع عندهم في باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في أنه إن لم يكن محرزا أو في حرزه شبهة إذ هو باللص في الرائج ومعها ينتفي الحد على أن المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصله فإنه لم ينصب خلافا وإنما يعترض من لو نصب الخلاف وأفاد المصنف في أثناء المسألة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصيره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا قطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد والأصح من قول الشافعي لأنه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد قوله ولا في صليب من الذهب والفضة ولا الشطرنج ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر أي بإباحة الأخذ للكسر نهيا عن المنكر فلا يجب الضمان مما فيه من الصنعة والصليب ما هو هيئة خطين متعارضين ويقال لكل جسم صلب وعن أبي يوسف إن كان الصليب في مصلاهم أي معابدهم لا يقطع لعدم الحرز لأنه بيت مأذون في دخوله وإن كان في بيت رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لأنه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الإباحة وهو حاصل في غير الحرز وهو المسقط قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي والحلي بضم الحاء جمع حلي بفتحها ما يلبس من ذهب وفضة أو جوهر وقال أبو يوسف يقطع إذا بلغ ما عليه نصابا لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعا لأنه في يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع في الخداع ومن لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف والإيهام أنه مذهب المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالمال وجه الظاهر أن الصبي إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه إلا لأخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع إلا في أخذ المال فلا يقطع وإن كان إثمه وعقابه أشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التأويل الذي ذكره من قصد تسكيته والإبلاغ إلى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة ولأبي حنيفة ومحمد أن الإناء تابع وإذا لم يجب في المتبوع القطع لا يجب في التابع واعتقادي وجوب القطع في الإناء المعاين ذهبية وإن كان فيه ما كان فإن تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ إليه بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالأخذ بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه لأنه يتوصل بماليته إلى أضعاف ما فيه والمانع من القطع إنما هو في قصد الأخذ لا باعتبار غيره ولا ظاهر يفيده ومما يوافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا إذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهما بخلاف ما إذا سرق قمقمة فيها ما يساوي عشرة لأنه سرق ماء من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرورة عليه عشرة قال يقطع إذا علم أن عليه مالا بخلاف ما إذا لم يعلم قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالإجماع إلا إذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فيقطع

ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لأن من جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لأنه لا قيمة لها عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام قال ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لأنها من أعز الأموال وأنفسها ولا توجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطع فيها لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل ولا قطع في سرقته

الاستشنار ابن قدامة ولم نذكر شيئا تحتاج النص على أنه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان أعجميا أو ذهبيا وقالوا ليس بسرقة إنما هو غصب أو خداع ولا خلاف في سرقة العبد الصغير الذي ليس بمميز ... إجماع لأنه مال متقوم حكى الإجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال أستحسن أن لا أقطعه لأنه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد ... لا بد أن يتساقط ... لكنه فسوق استدلالهما كما قيل ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير وافت بالمقصود وقول المصنف ولهما أنه مال مطلق لأنه ينتفع به إن كان يمشي بعقل أو بعرض أن يصير منتفعا به إن كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن في ماليته شبهة وانضمام الآدمية إليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الأموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق درة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا **قوله** ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ لأنه لا يستفيد الآخذ به نفعا فكان المقصود الكواغد فيدخل في عموم ولا قطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بالشرعية لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وإن قلت كفت في إيراث الشبهة ومقتضى هذا أن لا يختلف في عدم القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا يقصد ما فيها لأهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولأن عدم القطع بإلحاقها بالكتب الشرعية ليست إلا باعتبار توقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الأدب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الأئمة الثلاثة تقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لأنها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع **قوله** ولا في سرقة كلب ولا فهد بالإجماع خلافا لأشهب وقرين بن القاسم فإنه قال بعدم القطع في المنهي عن اتخاذه أما في المأذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الأصل ويجب لا أصل هو غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة فيها **قوله** ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار وكذا جميع آلات اللهو لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة يتأول في أخذها الكسر في دال الدف الضم والفتح واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لأنه يصلح للهو وإن كان وضعه لغيره وقيل يقطع لأنه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة لهو **قوله** ويقطع في الساج والقنا والآبنوس هو بفتح الباء ... والصندل والأسود الصلب لأن هذه ليست مباحة في دار الإسلام وهو المعتبر وأما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا القطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الآبنوس والقطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فإنه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية ويقطع في الفصوص نفيسة والزبرجد لأنها من أعز الأموال ولا توجد مباح الأصل في دار الإسلام فصارت كالذهب **قوله** وإذا اتخذ من الخشب أواني والأبواب قطع فيها لأنه أي الخشب بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة ولذا تحرز بخلاف الحصر لأن الصنعة لم تغلب على الجنس ليقطع إلا حظه

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

بها فلم يخرج بها من كونها تافها بين الناس حتى ان الحصير يبسط في غير الحرز وكذا القصب المصنوع بواري بخلاف الخشب غلبة الصنعة فيه حتى لا يقطع فيها التسلت به منه حتى لو غلبت في الحصر ايضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وهي العبادانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها اخذت اسما آخر انتهى وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي تقطع حكم الجنس بها ان يتجدد لها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست نفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان حرزها حيث كان تبسط في غير الحرز او لان شبهة التفاهة فيها كما عرفت او انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الاجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها فظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع وانما الحرز اما المركب فلا قطع بعند ما فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان نقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانما نقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل قسم المبسوط وقدمنا عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم محرز يحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرز النفسه يكون حرز الغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله امكن اعتبار الحرز في كل شيء قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة وهما اسم فاعل من الخيانة وهو ان يؤتمن على شيء بطريق العارية او الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله لقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه حرز ماذون السارق في دخوله لا المنتهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع وكذا المختلس لانه المختطف للشيء من البيت ويذهب او من يد المالك في سنن الاربعة من حديث جابر عنه عليه السلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوح بذلك وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم ومن العلماء من قد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة ان امراة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء لم ياخذوا بهذا الحديث واجابوا عن حديث عائشة رضي الله عنها بان القطع كان لسرقة صدرت منها بعد ان كانت ايضا تتصف بشهرة بجحد العارية فعرفتها عائشة رضي بوصفها المشهور فالمعنى امراة كان وصفها جحد العارية سرقت فامر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد تشفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم بانهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامراة واحدة لان الاصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة رضي الله عنها قالت استعارت امراة يعني حليا على السنة اناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فاخذت فاتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر

ولا قطع على النباش وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف والشافعى رحمه الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت فى الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل فى المقصود وهو الانزجار لان الجناية فى نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر فى بيت مقفل فهو على الخلاف فى الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت لما بينا

مقدما ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ ولذا احمل على انهما اقتان وانه عرم قطع امراة تجحد المتاع واخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا فى سنن ابن ماجة ثنا ابو بكر بن ابى شيبة ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن امه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن ابيها قال لما سرقت المراة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعظمنا ذلك كانت امراة من قريش فجئنا النبى صلى الله عليه وسلم نكلمه وقلنا نحن نفديها باربعين اوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فاتينا اسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثاركم على حد من حدود الله والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد فى الطبقات هذه المراة هى فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هى ام عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد اخت عبد الله بن سفيان قوله ولا قطع على نباش وهو الذى يسرق اكفان الموتى بعد الدفن وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وباقى الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن العلماء ابو ثور والحسن والشعبى والنخعى وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول ابى حنيفة قول ابن عباس والثورى والاوزاعى ومكحول والزهرى ثم الكفن الذى يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع فى الزائد على كفن السنة وكذا ما تركه معه من طيب او مال ذهب او غيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفى الوجيز فى الزائد على العدد الشرعى وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم فى القطع ان كفنه اجنبى فهو الخصم لانه الهم قوله عم من نبش قطعناه وهو حديث منكر وانما اخرجه البيهقى وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن ابيه عن جده وفى سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثاله الحديث الذى ذكره المص لا قطع على المختفى قال وهو النباش بلغة اهل المدينة اى عرفهم واما الاثار فقال ابن المنذر روى عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخارى فى تاريخه ثم اعلمه بسهيل بن ذكوان المكى قال عطا كنا نتهمه بالكذب ومثاله اى فى الضعف اثر عن ابن عباس رواه ابن ابى شيبة وفيه مجهول قال ثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع واما ما رواه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن ابى يحيى الاسلمى اخبرنى عبد الله بن ابى بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب رضه فكتب فيهم الى عمر رضه فكتب عمر رضه ان اقطع ايديهم فاحسن منه ما اخرجه ابن ابى شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهرى قال اتى مروان بقوم يختفون اى ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون انتهى واخرجه عبد الرزاق فى مصنفه اخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم ولذا احسن منه بلا شك ما روى ابن ابى شيبة ثنا حفص عن اشعث عن الزهرى قال اخذ نباش فى زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسال من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رايهم على ان يضرب ويطاف به انتهى فهو لا شك ... هذا من جهة الاثار واما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المص بقوله ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما المالية فظاهر واما الحرز فلان القبر ... وثيابه تبع له فيكون حرزا لها ايضا وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم القبر بيتا فى حديث ابى ذر حيث قال له النبى صلى الله عليه وسلم كيف اذا اصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعنى القبر قلت الله ورسوله اعلم وما خار الله لى ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر ... ابو داود وبوب عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به ابو داود ولانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شى ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيئا منها من شى منها قطع ولو سرق الدرة من اصطبل او من

ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد

خطيرة لا تقطع او لا ترى ان الوصي اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لورثته شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان اخذ الكفن من القبر حين السرقة والجواب او لا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء ماذون للعموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متعهد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى انه حرز تسمية او حاجته بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل من ان يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منها يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا لا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغريم حتى كان له ان ياخذها بحقه فان صح ما قلنا من انه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا تحققت شبهة في مملوكيته لقولنا فلا يقطع به الصادق لقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما تجري فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم انه كفن به ميت الا نادرا من الناس واما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة فيه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطئ البهيمة واما الاستدلال بتسميته بيتا فبعد ان الاطلاق اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوائط لوضع للبيت وليس القبر كذلك على ان حقيقة البيت لا تستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو الكثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درء ما امكن بل يجب حمله على بعض المال صدقات التي لا احد معها والله سبحانه اعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا اما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعية وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا من تحقق الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد لص ذلك للامام ان يقطعه سياسة لا حدا وهو محمل ما روي لو صح **قوله ولا يقطع السارق من بيت المال** وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه مال العامة وهو منهم وعن عمر رضي الله عنه مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد الا وله في هذا المال حق ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة بان سرق احد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا **قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها** لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذه قبل الاجل وجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة تصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن وكذا لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو اخذ من غير جنس حقه وان كان حقه دراهم او دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها اللهم الا ان يقول اخذتها رهنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابي ليلى قضاء لحقه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك وان كان حقه دراهم

ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود المقذوف الاول **قال** فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا ه‍ ه‍ ه‍

فاخذ دنانير او سبك على القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما تقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له اخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة وذهبه دراهم ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ لهما ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع **قوله** ومن سرق عينا فقطع فيها فردها بان كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ومالك واحمد لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه فيما روى الدارقطني من حديث ابي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث وبان السرقة الثانية مثل الاولى في سببية القطع بل افحش لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص ابا يوسف ان المسروق عاد متقوما بالرد الى المالك ولهذا الضمن للسارق لو اتلفه بعد الرد فثبت سببية للقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فانه يقطع اتفاقا ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة انها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفاء السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع ان العين متحدة مع ان مشائخ العراق على انه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء قلنا ان نمنعه فلا يتم القياس عليه عند مشائخ بخارا القطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وايضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر لتقدم انما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هي قليلة بالعرض فلم تقع في محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بان قال انا باق على نسبتي اليه الزنا الذي نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا الا لو قذفه بزنا آخر حد به واورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التي زنى بها اولا بعد ان جلد حد بزناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا ووقوعه في غير محل الحاجة اليه لو شرع واجيب بالفرق بان حرمة المحل في الزنا لا يسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح تم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه اعني كون اقامة الحد اولا توجب ندرة العود فيوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع حق لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله **قوله** فان تغيرت عن حاله مثل ان يكون المسروق الذي قطع به غزلا ثم نسج بعد رده فسرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطنا فصار غزلا لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة

فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه بما داه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رح لانه الحقها بالقرابة البعيدة قد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

الثوب واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد ولا على لفظ المحل اي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهي شبهة سقوط قيام العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجبها شيئا آخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة اجيب بان التمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الحكم المبني عليه شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية او كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم فتقه فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك ولو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى ✣

فصل في الحرز والاخذ منه

قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام في ذاته ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي ان من جمع المتاع في الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع في اقل من ثمن المجن ولا قطع في حريسة الجبل فخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الامور الاجماعية واما باخبار الآحاد وسيأتي ما هو امنع من ذلك ثم الحرز ما عده احرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به انه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت [illegible] يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا انه يقيد المالية اي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا قوله ومن سرق من ابويه وان علیا او ولده وان سفل او ذي رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة لا يقطع وقال مالك وشذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في مالهما وكذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه بطل قوله في الكافي اما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب ايضا في سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعي يقطع في السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اي عدم القطع في قرابة الولاد فانها عادة تكون معها البسوطة في المال والاذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا امتنعت شهادته له شرعا وتخص سرقة الاب من مال الابن قوله عم انت ومالك لابيك اما غير الولاد وهو الذي اراد المصنف بقوله والثاني للمعنى الثاني اي الاذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي بالقرابة البعيدة قال المصنف وقد بيناه في العتاق اي مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ونحن الحقناه بقرابة الولاد وقد راينا الشرع الحقهم بهم في اثبات المحرمية وافتراض الوصل فكذا الحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل نظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملج والصدر للقلادة والساق للخلخال وما ذاك الا للزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الاعمال وعدم احتشام احدهما من الآخر وايضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها درءا ذكره في الكافي وسيأتي ما فيه ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على انفسكم ان تأكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فدفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا ونفي

وان سرق من امه من الرضاعة قطع وعن ابی یوسف رحمه الله انه لا یقطع لانه یدخل علیها من غیر استیذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنی فیها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمیة بدونها لا تحترم کما اذا ثبتت بالزنا والتقبیل عن شهوة واقرب من ذلک الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما یشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجین من الآخر او العبد من سیده او من امرأة سیده او من زوج سیدته لم یقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجین من حرز للآخر خاصة لا یسکنان فیه فکذلک الجواب عندنا خلافا للشافعی رحمه الله للبسوطة بینهما فی الاموال عادة ودلالة وهو نظیر الخلاف فی الشهادة ولو سرق المولی من مکاتبه لم یقطع لان له فی اکسابه حقا وکذلک السارق من المغنم لان له فیه نصیبا وهو مأثور عن علی رضی الله عنه درءا وتعلیلا

اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاکل مطلقا یمنع قطع الغریب ثم هو ان ترک لقیام دلیل المنع بقیت شبهة الاباحة علی وزان انت ومالک لابیک فان قلت فقد قال او صدیقکم کما قال او بیوت اخوانکم والحال انه یقطع بالسرقة من صدیقه اجیب بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم یقع الاخذ الا فی حال العداوة ولو سرق من بیت ذی الرحم المحرم متاع غیره لا یقطع ولو سرق مال ذی الرحم المحرم من بیت غیره یقطع اعتبارا للحرز وعدمه فسرقة مال الغیر من بیت ذی الرحم المحرم سرقة من غیر حرز وسرقة مال ذی الرحم من بیت غیره سرقة من حرز فیقطع وهذا الحکم علی الوجه الذی قدمناه من ان فی القطع القطعیة فیتقرر وهو الموعود ولذا والله اعلم لم یعرج المصنف علیه قوله ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وهو قول اکثر العلماء وعن ابی یوسف لا یقطع لانه یدخل علیها من غیر استیذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنی فیها عادة ولذا یقطع بالسرقة منها اتفاقا وکذا الاب من الرضاعة وجه الظاهر انه لا قرابة بینهما والمحرمیة بدون القرابة لا تحترم کما اذا ثبتت المحرمیة بالزنا بان زنی بامرأة تحرم علیه امها وبنتها یقطع بالسرقة منها واقرب من ذلک الاخت من الرضاعة فان فیها محرمیة بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمیة فیهما فالالحاق بها فی اثبات القطع اولی منه بالالحاق بالمحرمیة الثابتة بالوطی ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذکور لابی یوسف صریحا وهو قوله لانه یدخل علیها الخ بقوله وهذا لان الرضاع قل ما یشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب فانه یشتهر فلا یحتشم ولا تهمة وهذا یتضمن منع قوله انه یدخل علیها من غیر استیذان الخ فقال لا نسلم ذلک الا لو لم یکن مستلزما تهمة لکنه یستلزمها لعدم الشهرة فیتهم فلا یدخل بلا استیذان بخلاف النسب فانه یشتهر فلا ینکر دخوله فلذا قطع فی سرقة مال امه من الرضاعة ولم یقطع فی سرقة مال امه من النسب قوله واذا سرق احد الزوجین من مال الآخر او العبد من سیده او امرأة سیده او زوج سیدته لم یقطع لوجود الاذن فی الدخول عادة فاختل الحرز وان سرق احد الزوجین من حرز الآخر خاصة لا یسکنان فیه فکذلک عندنا خلافا للشافعی فی احد اقواله وبه قال مالک واحمد وفی قول آخر کقولنا وفی قول ثالث یقطع الرجل خاصة لانه للمرأة حقا فی ماله النفقة وجه قولنا ان بینهما بسوطة فی الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهی انفس من المال کانت بالمال اسمح ولان بینهما سببا یوجب التوارث من غیر حجب حرمان کالوالدین وفی موطأ مالک عن عمر انه اتی بغلام سرق لامرأة سیده فقال لیس علیه شیء خادمکم سرق متاعکم فاذا لم یقطع خادم الزوج فالزوج اولی قال المصنف هی نظیر الاختلاف فی الشهادة یعنی عندنا لا یقطع احدهما بمال الآخر کما ان شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده یقطع کما تقبل فی احد قولیه فان قلت احد الزوجین ربما لا ینبسط الآخر فی ماله بل یحبسه عنه ویحرزه قلنا وکذلک الاب والابن قد یتحقق من کل منهما ذلک ولا قطع بینهما اتفاقا وفی شرح الطحاوی لو سرق من بیت الاصهار والاختان قال ابو حنیفة لا یقطع وقالا یقطع لو سرق من بیت زوجة ابنه او ابیه او زوج ابنته او زوج امه ان کان یجمعهما منزل واحد لم یجب القطع بالاتفاق وان کان کل فی منزل علی حدة فعلی الاختلاف المذکور ولو سرق احد الزوجین من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غیر عدة فلا قطع علی واحد منهما ولو سرق من اجنبیة ثم تزوجها لا قطع علیه سواء ان تزوج بعد ان قضی بالقطع او لم یقض فی ظاهر الروایة وروی عن ابی یوسف انه قال اذا قضی علیه بالقطع یقطع ولو سرق من امرأة مبتوتة او المختلعة فی العدة لا قطع وکذا اذا سرقت هی من الزوج فی العدة وان کانت منقضیة العدة یجب القطع قوله ولو سرق

قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به. قد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوي

المولى من مكاتبه لا قطع بلا خلاف لان للمولى حقا في اكسابه ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى او عتق كان له ولا قطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق احد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده او من زوجة سيده وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع لسرقة مال من عدا سيده كزوجة لسيده لعموم الآية وتقدم اثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المراة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك وكذلك السارق من المغنم لا يقطع لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابي عبيد بن الابرص وهو يزيد بن دثار قال اتي علي رضي الله عنه برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قبل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنه ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه قال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى ان هذا ليس مما نحن فيه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة واسناده ضعيف

قوله قال اي المصنف الحرز لا بد منه لوجوب القطع لان الاستسرار لا يتحقق دونه لانه اذا لم يكن حافظ من بناء ونحوه او انسان متعهد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا بنفسه يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاخفاء ولا يتحقق الاخفاء دون الحافظ فيخفى الاخذ منه او البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه واردة على وفق الكتاب لا مبين مخصص ثم هو على نوعين حرز بالمكان كالدور والبيوت والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما اعد لحفظ الامتعة فقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الاماكن المبينة على ما ذكر في المحيط وذلك كمن جلس في الطريق او في الصحراء او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد على ما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطا واحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي انه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت راسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت راسه فاخذه فاتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم سرقت رداء هذا فقال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده في ردائي فقال فلولا كان قبل ان تاتيني به زاد النسائي فقطعه وفي المستدرك سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما

قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح احتراز عما في العيون على قول ابي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن اي في وقت دخوله اذا كان ثمة حافظ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى

قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ

وهو ظاهر المذهب ووجه الصحيح انه محرز بدون الحافظ لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه الى ما فيه فيحفظ المال مع ذلك مختشيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح انه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا انه اختل الحرز للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد لانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج من داره فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم فيجب موجبها ولا فرق في وجوب القطع بين كون الحافظ في الطريق او الصحراء والمسجد مستيقظا او نائما والمتاع تحته او تحت رأسه او عنده وهو بحيث يراه لانه يعد النائم عند متاعه وبحضرته كيف ما نام مضطجعا او لا حافظا له في العادة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم باشتراط المتاع تحت راسه او تحت جنبه ووجه الصحيح ما ذكرنا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير اذا حفظا الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنوا بخلاف ما اختاره في الفتاوى فانه اوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرز النوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي لو سرق لؤلؤة من اصطبل او حظيرة غنم قطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد اطلق محمد رحمه الله عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع وكذا في المنتقى عن ابي حنيفة واطلق خواهرزاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابي عن بعض اصحابنا كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعي قوله ومن سرق شيئا من حرز او غير حرز كالصحراء وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين وهذا العموم يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم ان الصحيح انه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن لان قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على ان قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضي ان لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا تفريع على ما تعين الاصل المذكور قوله ويدخل في ذلك اي يدخل في بيت اذن في دخوله الخانات والحوانيت فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع وكذا الخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال فانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان ليقطع اعتبار الحافظ ثم تخيل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه الخ

ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيرها مضاف اليه لسوقه

راسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع **قوله** ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بالاذن صار بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل ومن صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا لو اخرج اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا بالاذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسياتي ما يفيد هذا **قوله** ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ وهتك الحرز فان كانت فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع هذا كلام محمد واول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه اهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء اهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون بها انتفاعهم بالسكة لانها على هذا التقدير يعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا تلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد **قوله** وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع يريد دخل اهل مقصورة على غيره فاخذ بسرعة يقال اغار الفرس والثعلب في العدو اذا اسرع وقوله فسرق تفسير لقوله اغار **قوله** واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال فناوله آخر خارج البيت عند النقب او على الباب فلا قطع عليهما بلا تفصيل بين اخراج الداخل او ادخال الخارج يده ثم روى عن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع وعلل للاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروجه اي قبل خروج الداخل الوجه ان يقطع الداخل كما عن ابي يوسف لانه دخل الحرز واخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كامله لا اثر له في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بهما اذا ادخل الخارج يده فاخذها وفيه قال ابو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محقق الى ابي يوسف وقال لو ان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق ان خارجا راى نقبا فادخل يده فوقعت على شيء جمعه الداخل فاخذه فظاهر انه لا قطع على واحد منهما قال والمسألة بناء على مسألة اخرى تاتي يعني مسألة نقب البيت والقائه في الطريق ثم خرج واخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج واخذه قيل يقطع والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فاخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخرجه ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا اخرجه الماء بقوة جريه الاصح انه يلزمه القطع وقول الائمة الثلاثة لان جري الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا او جريه ضعيفا فاخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسألة الذنب

وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئا لم يقطع وعن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد

لأنه يصدق عليه أنه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به ولو ألقاه الداخل في الطريق ثم خرج وأخذه قطع به وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافا لزفر لأن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه بأن تركه أو أخذه غيره وكذا الأخذ من السكة غير موجب للقطع فلا يقطع بحال ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو الفرار إن أدرك ولم يعترض على المال الذي أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لمال صاحب الدار عداوة ومضارة لا سارق وإذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الأخذ إليه والحاصل أن يد السارق ثبتت عليه وبالإلقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فأخذه إنسان ليرده عليه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لأنه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده إليه كرده إلى صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا إذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لأن سيره مضاف إليه بسوقه فيقطع وفي مبسوط أبي اليسر وكذا إذا علقه في عنق كلب وزجره فيقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لأن للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل إليها وكذا إذا علقه على طائر فطار به إلى منزل السارق ولم يسق الحمار فخرج بنفسه إلى منزل السارق لا يقطع **قوله** وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والأئمة الثلاثة لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ والأخذ إن نسب إلى الكل فالإخراج إنما وجد منه فإنما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم لأن الإخراج وإن قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى وإذا باشر بعضهم القتل والأخذ فالباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل إلى الكل شرعا بسبب معاونتهم وإن قدره القاتل والآخذ إنما هي بهم فكذا هذا فإن السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان مثله بهذا القدر تم الوجه وقوله بعد ذلك فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد أن منع لم يضر وإنما وضعه في دخول الكل لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه وإن لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم **قوله** ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئا لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا وروى عن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع وهو قول الأئمة الثلاثة لأن إخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط إلا له فكان هو المقصود من الدخول فقد وجد فاعتباره شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير أنه حصل وصار كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي أو في الجوالق والغطريفي درهم منسوب إلى الغطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد كانت دراهمه من أعز النقود ببخارا قال المصنف ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فأثبته بقوله تحرزا عن شبهة العدم أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فإن النقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لأنها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرطا لوجودها إذ قد تحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد تحقق معه في كلا الصورتين فهي سرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لأنه قلما يقدر على إخراج شيء ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد إليه وقلما يدخل الإنسان يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق أن الدخول في الصندوق غير ممكن فيسقط

وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق

وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصودا فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا للحفظة وهذا لان المعتبر الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار

اعتباره بخلاف البيت وبخلاف ما تقدم من حمل اللص المتاع فانه هو المعتاد **قوله** ومن طر اي شق صرة والصرة الهميان والطر من الصرة بنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم قطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر تحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه اخذ الدراهم ح من باطن الكم وان كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لانه ح ياخذها من خارج الكم فظهر ان انعكاس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه اي الطرار يقطع على كل وهو قول الائمة الثلاثة لان في صورة اخذه من خارج الكم ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه اذا كان محرزا بالصاحب وهو نائم الى جنبه فلان يكون محرزا به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه اولى قلنا بل الجواب ان الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم او الجيب لا قيام نفسه فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور كمه اما في حال المشي او في غيره فمقصوده في الاول ليس الا قطع المسافة لا حفظ المال وان كان الثاني فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فانه متاعب للنفس فيرتبط ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا ترى ان من شق جوالقا على جمل بسير فاخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه كالحرز فيقطع ولو اخذ الجوالق بما فيه لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع لانه ليس محرزا بل ما فيه محرز به فكذا قطع فيما فيه دونه بخلاف الو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه او في فسطاط آخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعي معها لان الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فاخرجها منه قطع لانها بيت لحفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره لنوم او مشغول فليست محرزة وكذا اذا اخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطورة يقطع وبما ذكر من التفصيل في الطر ظهر ان ما يطلق في الاصول من ان الطرار يقطع انما ياتي على قول ابي يوسف **قوله** وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصودا فيتمكن فيه شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في اخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الاخذ واما القائد فحافظ للجمل الذي زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده وفرض ان قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافي ان يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به كونه عرم لم يوجب القطع في حرابة الجبل يحمل على ترك الراعي اياها في المرعى وغيبتها عن عينه او نومه والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم اثر بعض **قوله** وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بالصاحب لكونه مترصدا للحفظ وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا

فصل في كيفية القطع واثباته **قال** ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضـ ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رح وقال الشافعي رح في الثالث يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد

النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل يعني عند التصحيح وقوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وهو انه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده او تحته .

فصل في كيفية القطع واثباته ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه فالقطع لما تلوناه من قبل وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة انما اضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد ان يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد ثني وقال ظهراهما مثل ظهور الترسين والافصح الجمع واما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في فاقطعوا ايديهما وقد قطع عم اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين انفع من اليسار ولانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا او الامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم ما امكن واما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالى فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم او ضعفهم وروي فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه ثم امر بقطعه من المفصل وضعف بالعرزمي وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمرو قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا اعرف له حالا واخرج ابن ابي شيبة عن رجاء بن حيوة ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال واخرج عن عمر وعلي رضـ انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله اعلم بصحته وتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا اشهر منه الى المنكب بل صار يتبادر من اطلاق اليد فكان اولى باعتباره فلئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ فتعين ما الى الرسغ درءا للزائد عند احتمال عدمه واما الحسم فقد روى الحاكم من حديث ابي هريرة ان عم اتي بسارق سرق شملة فقال عم ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه ابو داود في المراسيل وكذا رواه القاسم بن سلام في غريب الحديث واخرج الدارقطني عن حجية عن علي انه قطع ايديهم من المفصل ثم حسمهم فكاني انظر اليهم والى ايديهم كانها ايور الحمر. الحسم الكي لينقطع الدم وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو ان يغمس في الدهن الذي غلي وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم لانه امر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا يجب على السارق وقول المصنف لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي واحمد انه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده في عنقه لانه عم امر به ورواه ابو داود وابن ماجة وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه عم في كل من قطعه ليكون سنة **قوله** فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بالاجماع فقد روي فيه حديث قدمناه ثم تقطع من الكعب عند اكثر اهل العلم

ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها

وفعل عمر رضي الله عنه ذلك قال ابو ثور والرافضة تقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها فان
سرق ثالثا لا تقطع بل يعزر ويخلد في السجن حتى يتوب او يموت وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام
من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه فهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن اخرج ابو داود عن جابر قال جيء بسارق
الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال فاقطعوه فقطع ثم جيء به في الثانية فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله
انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الثالثة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله
انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائي
حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي واخرج النسائي عن حماد بن سلمة انبانا يوسف بن سعد عن الحارث بن حاطب اللخمي ان النبي
صلى الله عليه وسلم اتي بلص فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد ابي بكر حتى قطعت قوائمه الاربع
كلها ثم سرق الخامسة فقال ابو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال صحيح
الاسناد قال المصنف وروي مفسرا كما هو مذهبه اخرجه الدارقطني عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا
رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفي سنده الواقدي وبهذا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن وكذا الطعن الطحاوي كما ذكره
المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا وفي المبسوط الحديث غير صحيح والا لاحتج به بعضهم في مشاورة علي ولئن سلم حمل على الانتساخ لانه كان في
الابتداء تغليظ في الحدود الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع ايدي العرنيين وارجلهم وسمر اعينهم ثم انتسخ ذلك واما فعل ابي بكر وعمر فروى
مالك في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابي بكر الصديق فشكى اليه ان
عامل اليمن ظلمه فكان يصلي في الليل فيقول ابو بكر وابيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امراة ابي بكر الصديق
فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صائغ زعم ان الاقطع جاءه به فاعترف الاقطع وشهد عليه فامر به
ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر لدعاؤه على نفسه اشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت
قدم على ابي بكر رضي الله عنه رجل اقطع فشكى اليه ان يعلى بن امية قطع يده ورجله في سرقة وقال والله ما زنيت على انه كان يوليني شيئا من عمله فخنت في فريضة واحدة
فقطع يدي ورجلي فقال له ابو بكر ان كنت صادقا فلاقيدنك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فقد آل ابي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم
اظهر من سرق اهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له ابو بكر ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع ابو بكر
يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطئه قال الزهري ويروى عن عائشة قالت انما كان الذي سرق حلي اسماء اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله
اليسرى قال وكان ابن شهاب اعلم بهذا الحديث من غيره وهذا وقد حكي عن علي وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز انه يقتل في المرة الخامسة
كما هو ظاهر ما روي عن ذلك وذهب مالك والشافعي الى انه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة قوله ولنا قول علي رضي الله عنه قال محمد بن الحسن في
كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد
قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا اني لاستحيي من الله ان ادعه ليس له يد ياكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق

وبهذا احتج على بقية الصحابة رضي الله عنهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رح او نحمله على السياسة

محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا اتي به بعد ذلك قال اني لاستحيي ان ادعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسوه واخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده باي شيء يتمسح وباي شيء ياكل اقطع رجله على اي شيء يمشي اني لاستحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي رض واخرج عن سماك ان عمر استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي رض واخرج عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه ياكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن ادم مثل البهيمة ليس له يد ياكل بها ويستنجي بها وهذا الكلام بعد ثبوته لا مرد له فبعيد ان يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوافر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع صلى الله عليه وسلم اربعته ثم يقتله والصحابة مجمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين بل اقل ما في الباب ان كان نقل لهم انهم ان غابوا بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على اربعته واما لعلمه ان ذلك ليس حدا مستمرا بل من راى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله رضي الله عنهم فانعقد اجماعا اشبه اصلى ما في تنقيح ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت علي بن ابي طالب رض اتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المومنين قال قتلته اذا وما عليه القتل باي شيء ياكل الطعام باي شيء يتوضا للصلوة باي شيء يغتسل من جنابته باي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياما ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلدا شديدا ثم ارسله وقال سعيد ايضا حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عايذ قال اتي عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر ان تقطع رجله فقال علي قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها اما ان تعزره واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال علي رض وموافقة عمر رض له قال المصنف ولانه اهلاك معنى هو من قول علي رض قتلته اذا والحد زاجر لا مهلك ولانه نادر الوجود اي يندر ان يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة بخلاف القصاص يعني لو قطع رجل يمنى رجل قطعت يداه او اربعته لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب فلا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر مقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث امكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الاية السارق مرة واحدة

وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا ان كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما تنزلان منزلة الابهام في نقصان البطش قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه في الخطاء ويضمن في العمد وقال زفر رح يضمن في الخطاء ايضا وهو القياس والمراد بالخطاء هو الخطاء في الاجتهاد اما الخطاء في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطاء في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطاء في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رح انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح

فاقطعوا ايديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم **قوله** وان كان السارق اشل اليد اليسرى او مقطوع الرجل اليمنى او كانت رجله اليمنى شلاء لا يقطع لان في القطع والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة او مشلولة او مشيا اذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشي لا يتاتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة ولهذا لا يقطع يمين السارق اذا كانت ابهام يده اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوتها تقوم مقام فوت الابهام في نقصان البطش بخلاف فوت اصبع واحدة غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع لو كان في اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام المخل بالبطش فوات ثلاث اصابع وهنا جعله اصبعين لان الحد يحتاط في درئه **قوله** واذا قال الحاكم للحداد اي الذي يقيم الحد فقال منه كالجلاد من الجلد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطاء فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح ولكن يؤدب وبه قال احمد وقالا لا شيء عليه في الخطاء ويضمن في العمد ارش اليسار وعند زفر يضمن في الخطاء ايضا بخلاف ما لو قال له اقطع يده مطلقا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق ولو كان استهلاكه لان سقوط الضمان بالقطع المستحق لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى لا يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف **قوله** والمراد اي المراد بالخطاء الذي فيه الخلاف ثابتا وبين زفر الخطاء في الاجتهاد ومعناه ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في ان قطعها يجزي عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما اما الخطاء في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا لانه بعيد تتهم فيه بدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وانما يكون معنى العمد ان يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في اجزائها وقيل الخطاء في اليمين والشمال يجعل عفوا ايضا لزفر انه قطع يدا معصومة والخطاء في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه انما اخطأ في اجتهاده وخطاء المجتهد موضوع بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار ولهما في العمد انه جائر حيث قطع يدا معصومة بلا تاويل تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات لانه هو لم يفعله عن اجتهاد وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة الناشية من اطلاق النص ولابي حنيفة رح انه وان اتلف بلا حق ظلما لكنه اخلف من جنسه ما هو خير له وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها اتم فلا يضمن شيا وانما جعلنا اثر الخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فاخلفها الى خلف استمرارها وبقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان انتفع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما اتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي واما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيا اصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بالفين وقيمته الف وشهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيا **قوله** وعلى هذا اي على تعليل ابي حنيفة رض بالاخلاف لو قطع يساره غير الحداد ايضا لا يضمن لا خلاف وهو الصحيح احترازا عما ذكره الاسبيجابي في شرح لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كله اذا قطع الحداد او بامر السلطان ولو قطع يساره غيره فعلى القاطع

ودا أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم عند أبي حنيفة لا شيء عليه لا يضمن المال لأنه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعي في الإقرار لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته وكذا إذا غاب عند القطع عندنا لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه

القصاص وفي الخطأ الدية قوله ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن وإن كان عالما بأنها يساره بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال إذا كان استهلكه لأنه لم يقع حدا في الخطأ كذلك على هذه الطريقة أعني طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الإخلاف ولأن فيها عدم وقوعه حدا وكلاهما واحد إلا أن الأول أقرب إلى اللفظ وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لأنه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وإنما خص أبا حنيفة بلزوم الضمان على السارق عند القطع مع أنهما أيضا يضمنانه لأن توهم أنه لا يضمن إنما ثبت على قوله لأنه لما لم يوجب على الحداد ضمانا فقد يتوهم أنه لا يضمن السارق بناء على أن قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه فأزال الوهم بأنه إنما لم يضمنه لإخلافه لا لوقوعه حدا قوله ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه ويطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهور السرقة والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي وأحمد وقال مالك وأبو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا وقوله فلا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافا للشافعي في الإقرار وهو خلاف الأصح عنه والأصح عنده أن الإقرار كالبينة يعني إذا أقر الرجل عند الحاكم أني سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لأن خصومة العبد ليس إلا لتظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى وبالإقرار يظهر السبب فلا حاجة إلى حضوره والجواب أنه ما لم يظهر تصديق المقر له في المقر به فالمقر ظاهر ولذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز وأن شبهة الإباحة بإباحة المالك للمسلمين أو لطائفة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود إذنه له في دخول بيته فاعتبرت المطالبة وفعا لهذه بخلاف الزنا فإنه لا يباح بإباحته بوجه من الوجوه فلم يتمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال إباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سينفيها المصنف وسيتضح ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له قوله وكذا إذا غاب المسروق منه عند القطع لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي وأحمد خلافا لمالك لأن الإمضاء من القضاء في الحدود على ما مر وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت أن الأصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم أي إذا سرق الوديعة أو المال المغصوب وأما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة إذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب إذ المشتري شراء فاسدا في يد المشتري كالمغصوب ولرب الوديعة أن يخاصمه ويقطعه أيضا كالمودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والأب والوصي يقطع السارق لما في أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك بما في أيديهم إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعني للمالك أن يسترد الرهن كالمودع ليسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالا منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لأنه إذا كان مستهلكا لا يقطع إلا بخصومة المرتهن لأن الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لا لنفسه

والشافعي رحمه الله بناه على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومتهم في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة

والمرتهن والحفظ وفي غاية البيان وينبغي ان يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن ازيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد امانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته قوله الشافعي رحمه الله بناه اي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء على اصله وهو ان لا خصومة لهم في الاسترداد عند جحود من في يده المال المودع كما بنا غير المودع الا ان يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء السبب فلا يملكونها لاعادة اليد اولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك ومن يد المستعير ايضا وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ولا تظهر في حق القطع لان فيه اي في القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصيير خصومته لاثبات الحفظ سببا للتفويت ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا وهذه النكتة هي مبنى الخلاف اعني كون خصومتهم معتبرة فاثبتها بقوله اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد والاحسن ان يقال لهم ولاية الحفظ وهو بالبد فكان استردادها حقا لهم كما ان ذلك للمالك بل المالك في الحقيقة لم يرد الا اليد وهذا لان ذا اليد ان كان امينا لا يقدر على اداء الامانة الا بها فان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومة في حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق مني وقصده احياء حق المالك حق نفسه بخلاف خصومته في القصاص لا تعتبر فلا تقتص بخصومته لانه ليس فيه حقه في اعادة يده واورد ان في صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احد الحجتين وكذا لو اقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع انه يقطع اجيب بان المستعير ومن ذكر معه اصحاب يد صحيحة وبينا ان لهم حق الاسترداد بخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل الا ترى انه لا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل الاقرار شبهة زائدة هي جواز ان يكذبه المالك في اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم اجاب عن قول زفر بقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء حقا لله وان لزم غير مقصود ولا ادرى لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع انه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الاجماع على ان يقطع بخصومة الاب والوصي بسرقة مال اليتيم وان لزم سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة جواب عن مقدر وهو ان يقال احتمال اقرار المالك اي اعترافه بالمال واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابتة توهمها في الحال لا على تقدير يثبت في الحال الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي او اذنت له في الدخول في بيتي ولا يخفى ان لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرناها بعضهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز انه اذا حضر قال كنت ابحته للمسلمين او لطائفة السارق منهم كما جاز ان يقول به سواء فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك لسبب قيام احتمالها في نفس الامر على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان اذن له او انه مقر له به قائم في الحال

وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومته لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا ولو قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة

وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد انه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المستودع **قوله وان قطع سارق بسرقة** فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال ان يقطع السارق الثاني وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول او لا ولنا ان المالك لا يجب على السارق ضمانه فكان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم اقطع الثاني وان درئت القطع عن الاول لشبهة قطع الثاني ومثله في الاملاء لابي يوسف واطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول احمد لان يده ليست يد امانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع في اخذ مال ضائع قلنا بقي ان يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وفي رواية اخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه انه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده الى الاول ولا الى الثاني اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درء عنه القطع لشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار يده كيد الغاصب **قوله ومن سرق سرقة فردها على المالك** قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها اعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهي انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة اي بخلاف ما لو رده بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة واذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين ان يرد قبل الخصومة الى يد المالك او يد ابيه او امه او جده او جدته وان لم يكونوا في عياله وكذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرمة كاخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرء ولا يقطع كما لو رده الى زوجته او عبده او مكاتبه او اجيره مشاهرة ومن يسمى غلامه او مسانهة يبرء في هؤلاء كلهم ولا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده او من العيال ورده الى من يعولهم او سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرء ولا يقطع ويبرء المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع اما الغاصب فلا يبرء بالرد الى الاب والام ولا الى ولده واقاربه المحرمة الذين في عيالهم ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معها

واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك وسلمها اليه او باعها منه لا يقطع وقال زفر والشافعي ومالك واحمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا عند الحاكم وقضي عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار عارض الملك المتاخر متقدما بالثبت اعتباره وقت السرقة فلا موجب لذلك فلا يصح ولا شبهة فيقطع وما ينفي صحة ذلك لاعتبار

وبيان ان المقصود من القضاء في هذا الباب الاستيفاء ... لاستيفاء اذا قضاء لامضاء ... فقطع حق ... وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء **قال** وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء عند محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمه الله اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر

ما في حديث صفوان انه قال يا رسول الله لم ارد هذا ردائي عليه صدقة فقال عليه السلام فهلا قبل ان تأتيني به رواه ابو داود وابن ماجه زاد النسائي في رواية فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو اقر بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك لسابق فينتفي القطع **قوله** ولنا ان الامضاء يعني استيفاء الحد بالفعل من القضاء في باب الحدود فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشان في بيان ان الاستيفاء من القضاء وهو القضاء في هذا الباب وقد بيناه في حد الزنا الا ان المصنف لما كان هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة بالقطع بل امر بالاستيفاء او استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق ومستحق هذا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء لفظا بل لا بد ... الواجب عنه الا بالاستيفاء واذا كان كذلك فالخصومة شرط فيشترط قيامها عند الاستيفاء كما عند القضاء وهي منتفية بالبتة بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لانه تنتهي الخصومة والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعد ومتقررة فيقطع واما الحديث ففي رواية كما ذكرنا في رواية الحاكم في المستدرك انا ابيعه وانسئه ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله انا اريد هذا وقوله يقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما ولم يثبت انه سلمه اليه في البتة ثم الواقعة واحدة وقد كان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الرفع اليه في ذلك لا يكون تمليكا قبل القبض **قوله** وكذلك اذا نقصت قيمتها اي قيمة السرقة اي العين المسروقة من حيث السعر بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لم يقطع في ظاهر المذهب عن محمد يقطع وهو قول زفر وباقي الائمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان العين بان كانت ذات العين فنقصت وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء وكذلك ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كما عند القضاء لما ذكرنا انه من القضاء ويتحقق في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان المستهلك مضمون عليه فكان الثابت عنده القطع نصابا كاملا بعضه عين وبعضه دين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه او ذاك ثم يسقط ضمانه **قوله** واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة قال المصنف معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة وانما فسره ليخرج ما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فقال لم اسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه وهذا احد قوليه كذا ذكره بعضهم وهو رواية عن احمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه انه لا يقطع وقيل هو نص الشافعي وعن احمد رواية انه اذا كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة واولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف ولا معتبر بما قال من انه يفضي الى سد باب الحد بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من لم يعلم هذا من السراق اقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا **قوله** واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع منهما ومورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فتتحد فتتمكن الشبهة فيهما **قوله** فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر لما انه منهما في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وقول الائمة الثلاثة وكان يقول اولا لا يقطع لانه ان حضر ...

وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه تقطع يده والسرقة ترد إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا تقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعنى هذا إذا كذبه المولى ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجوه كلها وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأنه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الإضرار ومثله مقبول على الغير ولمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبع بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولأبي يوسف أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه والقطع يستحق بدونه كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولأبي حنيفة أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع

ربما يدعي شبهة والسرقة واحدة فتحتمل في حقهما وجه قول الآخرين أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما فإنما علمت الشهادة في
حق الحاضر فقط ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع
إلا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت بينة أخرى وكذا إذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الأول ويقطع في قوله
الآخر وهو قول باقي الأئمة قوله وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها حاصل وجوه هذه المسألة أربعة لأن العبد
المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له إذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة
ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وإن أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول الأئمة الثلاثة وإن كان مأذونا
لقطع في الوجهين ويرد المال إلى المقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وإن كان العبد محجورا
فإن أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وإن أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر
لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه كلها أي فيما إذا كان العبد محجورا والإقرار بهالكة أو قائمة أو
مأذونا والإقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا أعني إقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع ويرد لمن أقر
بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثلها أو قيمتها بعد العتاق للمقر له وقال
الطحاوي سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الأقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال
أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسألة الحملان في الزكاة ومعنى المسألة إذا كذبه المولى في إقراره وقال المال
مالي أما إذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للمقر به اتفاقا هذا كله إذا كان العبد كبيرا وقت الإقرار فإن كان صغيرا فلا قطع
عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه إن كان مأذونا يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما وإن كان هالكا يضمن وإذا كان محجورا فإن صدقه
المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما ولا ضمان عليه إن كان هالكا ولو بعد العتق وتقدم المصـ الكلام مع زفر فقال
إن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأن إقراره بهما يرد أثره على نفسه أو طرفه بالإتلاف وكل ذلك
مال المولى فالإقرار به إقرار على الغير والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له لما تضمن إقراره الإقرار بالمال والطرف وبطل بالطرف بقي
بالمال بضمانه إن كان هالكا ويرده إن كان قائما لصحة إقراره بالمال لكونه مسلطا على الإقرار به من جهة المولى حيث أذن له في التجارة
ونحن نقول الإقرار بهما صحيح لأن أثر الإقرار بهما يرجع إليه من حيث هو آدمي لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت
ملكه ألا ترى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان تبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه على الإطلاق ولأنه لا تهمة في
هذا الإقرار ليبطل في حق السيد لأن ضرورة الراجع إليه به فوق ضرر الراجع به إلى المولى لأنه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على
الغير كما إذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان والسماء علة فإنه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لأن الزمه من ذلك مع لزومه
شمله فنفذ في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو أقر المفلس بعد الحجر بقتل عمد يقبل عليه إجماعا وإن كان فيه إبطال ديون الناس ولمحمد في المحجور عليه أن إقراره
بالمال باطل ولهذا لا يصح إقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى إذ الغرض تكذيب المولى في إقراره فيقر بسرقة مال المولى

قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت الى صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع

وبسرقة مال المولى لا يقطع وبهذا القدر تم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد اي يوكد ما ذكرنا من عدم القطع ان المال في لزوم القطع اصل والقطع تابع والتابع من حيث هو تابع لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان المال اصل ان الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال اريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا اثبت المال في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها واقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضي بالمال دون القطع وكذا اذا اقر حر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفي عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه اريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يصح في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع ولابي يوسف انه اقر بشيئين اي اقر بما يوجب شيئين القطع وهو اقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص والمال وهو اقرار على المولى وهو يكذبه فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع فلا يلزمه المال وكذا لو هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى ولابي حنيفة ان الاقرار في حق القطع قد صح منه لما بينا في الكلام مع زفر من انه آدمي الخ ويلزمه صحته بالمال انه لغير المولى لاستحالة ان يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم لحكم الشرع بكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هذا تم الوجه وزيادة قولهم لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله بخلاف مسألة الحرية يريد الزام ابي يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع الى عمرو فكذا جاز ان يقطع بما اقر به من مال الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسألة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وانه وديعة عند زيد او غصب وادعى زيد ان الثوب له جاز كونه انكار الوديعة غير ان المقر ليس خصما في ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع او مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى او مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية اخرى له فيه اولى وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما اي في الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا انه يرد على المالك وكذا اذا باعه او وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله انا اضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما اخذت حتى ترده ولانه اتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حقي القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين احدهما

لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضروراته سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة

حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخرى حق الشرع فيقطع حقا لله ولنضمن حق العبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقا لله والقيمة حقا للعبد وكشرب خمر الذمي على قولكم فانكم تحدونه حقا لله تعالى وتغرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا الزام فانهم لا يضمنون الخمر باستهلاكها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن اخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعف ابن المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فادخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري فقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري قاضي المدينة وهو احد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وامانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر انه الزهري فقد عرف وبطل القدح به ما قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق اجرة القاطع مدفوع بمواتمة البزار لا يضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه اخذ ملكه ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي والمؤدي اليه الضمان فينتفي الضمان ولان المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فتندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا فكان محرما حقا للشرع فقط كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ولنفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم ان يكون مباحا في نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره وقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التي علم الله تعالى انها تتصل بها السرقة وانما تبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا له تعالى في ذلك المال كما نعلم ان الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له لظهور دعواه ولدها لما علمنا انه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها اليه قبيل الوطء الذي علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا في اعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بمعاينة الشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض ان العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغي ان لا يفترق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع وكذا الشبهة اي شبهة الاباحة انما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاستهلاك ووجه المشهور ان الاستهلاك وان كان فعلا آخر الا انه اتمام المقصود بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معتبرا منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا له في حالتي الهلاك والاستهلاك

قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي اما الوجوب بالجناية فاذا استوفي فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك

فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذمي لانه اتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل حق الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا امرين متباينين ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الايضاح قال ابو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع كمن دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر اثره في حق الحكم واما ديانة فيعتبر قضية السبب **قوله** ومن سرق سرقات فقطع في احد بالخصومة صاحبها وحده فهو اي ذلك القطع لجميعها ولا يضمن شيئا لارباب تلك السرقات عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا السرقة التي قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق لهما ان الحاضر ليس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع لسرقاتهم فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم فاذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة فقد وجد لازم وقوعه عنها وهو لزوم سقوط ضمانها كلها في نفس الامر علم القاضي بها او لم يعلم ولا اثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب فيستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار قبل ان يخرجه من الحرز بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة بعد الشق قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع وان كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات في افادة قول ابي يوسف في بعضها ما يفيد انه روي عنه وان الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن ابي يوسف وكذا قول الاسبيجابي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وشمس الائمة البيهقي زاد وقال في الكفاية وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وفي بعضها ما يفيد انه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال ابو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله ان السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش ثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم اسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك هو ان السرقة تمت على عين غير مملوكة ولكن فيه سبب الملك للسارق ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان ولا يخفى ان المناسب ان يقول ان الشق وضع سببا للضمان لا للملك وثبوت ولاية الغير ان يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين ثم انما تكون تلك الولاية موجبة للشبهة

وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه

اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا فى ما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع لكن نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس فى الاخذ بل فى الشق تكلف فى تقريره بان قيل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض لا للتملك فكان كالشق عدوانا فكما لا يعتبر فالاخذ شبهة دارئة للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين فيثبت ضرورة اداء الضمان والقضاء به ومثله لا يورث شبهة والا لثبت مثلها فى نفس الاخذ لانه ايضا يحتمل ان يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار نظيرا ما اذا سرق البائع مبيعا باعه ولم يعلم المشترى العيب فانه يقطع وان العقد سبب الرد بالعيب الذى به يثبت الملك للبائع **قوله** وهذا الخلاف الخ الحاصل ان هذا الخلاف الكائن فى القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند ابى يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك ليس للمالك تضمين كل القيمة فانتفاء وجه ابى يوسف فى عدم القطع فى اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما ملكه بالضمان قد حده التمرتاشى ان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش وما دونه يسير والا فيه ان يكون المعنى تفصيلا كما لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة ذكره التمرتاشى واورد فى الكافى على القطع مع ايجاب ضمان النقصان فى الخرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا يجمع بينهما كيلا يؤدى الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل فى جناية واحدة وهنا لا يؤدى اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة فى شئ ويستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغى ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال فى الفوائد الخبازية وفى الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر فى عامة الكتب للامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة لانه سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا انتقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما انتقص ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حق بهذا المسروق الناقص ولم نضمنه اياه الا ترى الى قول الامام قاضى خان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة واما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذى وقع قبل الاخراج الذى به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقى فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما فى البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب اما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الخ فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك فى المخرج فان الجزء الذى ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك **قوله** وان سرق شاة فذبحها

ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب فهذه الصنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر ثم قطعت يده لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب اصلا قائما والصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا

ثم اخرجها لم يقطع ولو ساوت نصابا بعد الذبح لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه **قوله** ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع بان كانت نصابا فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ويرد الدراهم والدنانير التي صنعها على المسروق منه وقالا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصك حق المسروق منه في السرقة بناء على انها لم تتبدل فيقطع فالقطع لا يشكل على هذا اما عندهما فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما اخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيئا آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهما ان هذه الصنعة متبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بان غصب حديدا او صفرا فجعله سيفا او آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة صار دراهم ودنانير وله ان هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل انه لم يتعين بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة باحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع ويؤخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم **قوله** ومن سرق ثوبا فصبغه احمر قطع به باجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يضمن وقال محمد يؤخذ منه الثوب وهو قول الائمة الثلاثة ويعطى قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب فان غاصب الثوب اذا صبغه احمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة والجامع كون الثوب اصلا والصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة وهو ظاهر ومعنى اي من حيث القيمة حتى لو اراد المسروق منه ان ياخذ الثوب يضمن قيمة الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى فانه لو هلك واستهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله يقطع حق الواهب في الرجوع لذلك بخلاف الغصب لان حق كل من المغصوب منه الثوب والغاصب الذي صبغه قائم صورة ومعنى لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا من ان الصبغ تابع **قوله** وان صبغه اي السارق اسود ثم قطع او قطع فصبغه اسود يؤخذ منه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء فلا يؤخذ منه لان السواد زيادة كالحمرة وهي مانعة من الاسترداد من السارق وعند محمد هو زيادة لكن الزيادة غير مانعة من الاسترداد كما قال في الحمرة وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما وفي شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ اي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد ياخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

باب قطع الطريق اخره عن السرقة واحكامها لانه ليس سرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو وما يدخل فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن اطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وارباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا يطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل سرقة فقط لم يفهم اصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز **قوله** واذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم او واحد له منعة بقوته ونجدته يقصدون قطع الطريق

والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربع هذه الثلثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي ليكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفى الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع

اي اخذ المارة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي اربعة وبالنسبة الى ما هو اعم منه خمسة اما بالنسبة الى الجزاء فاما ان يؤخذوا قبل ان يأخذوا مالا ولا يقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى ان اخذوا فحكمهم ان يعزروا ويحبسوا الى ان تظهر توبتهم في الحبس او يموتوا بعد واما ان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما او ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا انه لو عفا اولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفي عنهم عصي الله تعالى والرابعة ان يأخذوا المال ويقتلوا وسياتي وفي فتاوى قاضي خان وان قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا ان يكون معناه اذا امكنه اخذ المال فلم يأخذ شيئا ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيره انه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن ابان وفيها ايضا ان خرج على القافلة في الطريق واخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من انه يحبس لانه النفي المذكور في الاية وما هو بالنسبة الى ما هو اعم فلان المذكورة والخامسة ان يؤخذوا بعد ما احدثوا توبة وتاتي ايضا في الكتاب والتقييد بمسلم او ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن فلو قطعوا الطريق على مستأمن لا يلزمهم شيء مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفارهم ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التابيد وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون ياتي ذلك كله في الكتاب مفصلا والاصل فيه اي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا الاية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل امنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الامن او هو على حذف مضاف اي يحاربون عباد الله وهو احسن من تقدير اولياء الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي واما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان امره صلى الله عليه وسلم واما باعتبار ان الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق الذي تولى حفظه بنفسه ونائبه فقد حاربه فالمراد من الاية التوزيع اي توزيع الاجزية المذكورة على انواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث واسحق وقتادة واصحاب احمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وابو ثور وداود والامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك اذا رأى الامام القاطع جلدا ذا رأي قتله وان كان جلدا لا رأي له قطعه ولنا ما روى محمد رحمه الله عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء اناس يريدون الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد ان من قتل واخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن اخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن اخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو ان من المقطوع به انما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها اجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق المحض للاية يقتضي ان يجوز ان يرتب على اغلظها اخف الاجزية المذكورة وعلى اخفها اغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ

والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه

الا ان غير الاخذ لما كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان التغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كيلا يستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سواء ان يكون الماخوذ نصابا فصاعدا اصاب كل نصاب او لا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كيلا يؤدي لتفويت جنس منفعة وكذا الاحكام السابقة من انه لو كانت يسراه شلا لا يقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلا لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا يقطع له يد وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزية المتنوعة الحبس قلنا المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض اي من وجه الارض لا يتحقق ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصل اليه من البلدة الاخرى فعلنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا ولما روي عن مالك رحمه الله ان مجرد النفي لا يفيد المقصود قال يحبس في بلدة النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيرها فيقع تعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة قوله والرابعة من انواع هذه الجناية ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم بلا صلب وقطع وان شاء صلبهم احياء ثم قتلهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب للنص في الحد فلا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعي واحمد اجاب بان اصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب احدا مع انه ظاهر النص لا يحتم الصلب فان قوله ان يقتلوا او يصلبوا انما يفيد ان يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب في عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف مع محمد وبه قال ان كان القاطع ذا راي والشافعي واحمد مع ابي يوسف في انه لا بد من الصلب مع محمد في انه لا يقطع وجه قولهم انه جناية واحدة هي جناية قطع الطريق فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وهذا على اعتبار ابي يوسف مع ابي حنيفة الا مع محمد ان هذه الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقطع ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها حيث بلغ النهاية في تفويت الامن حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها امورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق الا يرى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان تعيين القطع ثم القتل لان التوزيع ادى الى ان من اخذ المال قطع وهذا قد اخذه فيقطع وان من قتل يقتل ويصلب وهذا قتل فيجب ان يجمع له بين القطع والقتل الا ان ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز ان يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وما ذكر من دخول ما دون النفس في النفس هو ما اذا كانا حدين احدهما دون النفس والاخر النفس اما اذا كان ذلك حدا واحدا

ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوي رحمه الله انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبته حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجرى الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل وان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه

فلا بد من اقامته في اجزاء حد واحد غير انه ان اعتبر بالجزاء الذي لا يتلف به النفس فعل الاخر وان بدء بما يتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت **قوله** ثم ذكر اي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه اداة اذا قلنا بلزومه على قول ابي يوسف انه يصلبه حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وجه وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الزجر لان المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحيوة لا بعد الموت الا ان يقال النص دل على ذلك فانه قال ان يقتلوا او يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معادله بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة فانها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف لا يقال وجه الاول هو الاصح انه ابلغ في الردع وهو المقصود ولا يخفى ان هذا لا يكافي وجه الطحاوي لان القول الحاصل ليس غير ان الصلب وبعج البطن لرمح والثاني هو المعتاد منهم لان عادتهم القتل فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هنا مثلة فالصلب ليس غيره وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المسئلة الخاصية مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين اهله يدفنونه وعلمت في باب الشهيد انه لا يصلى على قاطع الطريق **قوله** ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى به الناس وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة من النص كونه امر بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لابلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيرها كما في مدة الخيار **قوله** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه لما بيناه في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع **قوله** وان باشر القتل احدهم اي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوا اجرى الحد على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا لان القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص مع التوزيع والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك واحمد خلافا للشافعي قلنا حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشر والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف او عصا او حجر في قتل الكل وان لم يوجب ابو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح فان كان من جراحة يجري فيها القصاص اقتص وما لا يجري فيه ذلك اخذ الارش ويعرف تفصيل ما لا يقتص في الجنايات ان شاء الله تعالى وهذا لانه لا حد في هذه الجناية من قطع او قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس اي ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وكذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان **قوله** وان اخذ بعد ما تاب سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص كما قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح بدون لابد ان يكون قتل بحديدة ونحوه لان القصاص لا يجب الا بنحوه عند ابي حنيفة وكذا اذا كان اخذ مالا ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا ويأخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة وقيل تسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد

وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين

في السرقة الكبرى بخصوصها للاستشارة في النفس فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النصوص سائر الحدود ولا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول تسقط عندهما لقوله تعالى واللذان ياتيانها منكم فآذوهما فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والآية منسوخة انما كان ذلك في اول الامر فاذا عرف هذا فنقول المعروف ان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مسئلة شبهة التناقض لانها اذا توقفت على رد المال فاخذ القاطع قبل لو اخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد اخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل آجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي او استهلكه ومثل ما لو اخذ وابعد التوبة في سقوط الحد الرجوع الى القصاص وتعرف الاولياء فيه وفي المال ما لو اخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ولكن اخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فان الامر في القتل والجرح الى الاولياء ان شاؤا قتلوا قصاصا وان شاؤا عفوا وقال عيسى بن ابان يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم ياخذوا شيئا من المال قتلهم حدا فلان قتلهم مع اخذ المال اولى وهذا لان ما دون النصاب كالعدم ولا تتغلظ جنايتهم باخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع اخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا اخذ المال عرفنا ان قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فيقتص منهم ان شاء الولي ويجري فيه احكام القصاص **قوله** وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فيظهر احكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط لو كان فيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه او فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فينتفي حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امراة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المص فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء الاخذ والقتل يحد الباقون وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين فكان الوجه ان يقول وقال ابو يوسف بعد ان قال المذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر او يقول المذكور ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ولم يذكر قول محمد والكفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا الا الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم لا يسقط الحد من غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين لابي يوسف ان المباشر اصل والردء تابع فعلى مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد ان لا خلل في الاصل فيحد الباقون وفي عكسه وهو ان يباشر الصبي او المجنون ينعكس المعنى والحكم فالمعنى هو السقوط على الاصل ينعكس فان السقوط في التبع فينعكس الحكم وهو عدم التبع فلا يحدون ولهما اي لابي حنيفة ومحمد ان قطع الطريق جناية واحدة لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير انها لا تتحقق الا بالجماعة فكان الصادر من الكل جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا للحد لشبهة او عدم تكليف لا يوجب فعل الباقين لانه بعض العلة فلا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم

بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا
سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق
على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة
فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رح لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رح انه يجب
الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع
الطريق لان السلاح لا يلبث الغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر
لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا

يسقط القصاص عن العامد واما ذو الرحم فقيل تاويله اي تاويل سقوط الحد عن الكل ان يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع ذو رحم محرم من احدهم
فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة يمتنع
في حق الباقين اما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك
الغير والاصح انه مجرى على الاطلاق وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه محرز بحرز واحد
وهو القافلة والجناية واحدة وهي قطع الطريق فلا تمتنع في حق البعض بوجوب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين
لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع
لا يحدون كذي الرحم المحرم قوله بخلاف ما اذا كان فيهم اي في المقطوع عليهم وهو القافلة مستامن جواب عن مقدر هو ان القطاع على المستامن
وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط
المستامن لذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم اجاب بان الامتناع في حق المستامن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر
يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فيصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب واذا
سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا
في المستامنين لا حد عليهم ولكن يضمنون اموال المستامنين لثبوت عصمة اموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التابيد والله اعلم
قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار
واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد يجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او بمثقل عندهما ورد المال ان اخذه وهو قائم وضمانه ان هلك او استهلك
قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران
احدهما بالاخرى فليس بقاطع الطريق استحسانا وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع ان يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة
سفر في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعا وهو قول الشافعي فان في وجيزهم من اخذ في البلد مغالبة فهو قاطع طريق
وعن ابي يوسف انه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث لانه محارب بل مجاهرته هنا اغلظ من مجاهرته
في المفازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من اخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه
لا محاربة الا على قدر ثلاثة اميال من العمران وتوقف احمد مرة واكثر اصحابه ان يكون بموضع لا يلحقه الغوث وعن ابي يوسف في رواية
اخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع فان قصده بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر لان
السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول ابي يوسف قال
ونحن نقول ان قاطع الطريق يقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبالقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث ولنت تعلم ان الحد المذكور
في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم من الناس وانما انيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق
في المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة ايام بين المصر والقاطع ولا شك في ان ليس لحوق الغوث في

ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابى حنيفة رح وهى مسئلة القتل بالمثقل وسنبين فى باب الديات ان شاء الله تعالى وان خنق فى المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا فى الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

ذلك المقدار ظاهر او هو ما علل به للظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لزم القصاص احكامه وان اخذوا مالا ضمنوه اذا اتلفوه وعلى تقدير انهم قطاع ان قتلوا اقتلوا احدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اى من قوله لظهور حق العبد عند انتفاء الحد قوله (ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند ابى حنيفة رح وهى مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى فى الديات وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى انها مثلها فى ثبوت الشبهة عنده فى العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد فى انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة فى ايلامه او ادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك فان خنق غير مرة قتل الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتحقيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم استمر لتعمده لانه صار ساعيا فى الارض بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل فروع نص فى الاصل على ان العبد والمراة فى حكم قطع الطريق كغيرهما اما العبد فظاهر واما المراة فكغيرها فى السرقة الكبرى فى ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوى لان الواجب قتل وقطع وهى كالرجل فى جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها ذكر الكرخى ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هى المحاربة والمراة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبى الا ترى ان فى استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمراة فكذا فى العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوى الحر فى استحقاق الغنيمة ويساويه فى هذا الحد ولم يحد الصبيان والمجانين لعدم اهلية العقوبة وذلك لا يوجد فى النساء وذكر هشام فى نوادره عن ابى يوسف رح اذا قطع قوم الطريق ومعهم امراة فباشرت المراة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام الحد عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابى حنيفة رح انه يدرأ عنهم جميعا لكون المراة منهم وجعل المراة كالصبى والعجب ممن يذكر هذه اعنى كون المراة مع الرجال فى القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين ابى يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما فى المبسوط من انها كالرجال منسوب الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخى بالعبد كما ذكرنا وممن فعل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمص فى التجنيس وغيرهما مع ضعف الاوجه المذكورة فى التفرقة مثل الفرق لضعف البنية فى اصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب فى المحاربين ولا قوة الا بالله وما فى النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن واخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن بمحاربات وعلله بان المراة اذا قاتلت العدو واسرت لم تقتل وانما قتلن لقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وابو يوسف رح شرط مرتين كقوله فى السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما فى السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان اقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد احدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا تقبل ولا يقبل الشهادة بالقطع على اب الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا مالنا لا تقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولى يعرف لا يقيم الحد عليهم الا بحضر من الخصم ولو قطعوا فى دار الحرب على تجار مستامنين او فى دار الاسلام فى موضع غلب عليه اهل البغى ثم اتى بهم

كتاب السير

الى الامام لا يقضى عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفى موضع لا يجرى فيه حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم ولا يفعله ومثله تقدم فى الزنا فى دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال ضمنهم وسلمه الى اولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر او لعدم الخصم فانه سقط خصومتهم بما فعل بهم او لقضاء الاول فيتم بذلك لنفاذه اذ هو فى فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضى عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبى فقتلهم لا شىء عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة اطرافه ولو قتله قبل ان يقضى عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضى القاضى بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل ولى الذى قتله القاطع فى قطع الطريق فلا يلزمه شىء لظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا متاع قوم فاستغاثوا بقوم فخرجوا فى طلبهم ان كان ارباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال للاسترداد للرد على ارباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شىء عليهم لانهم قتلوه لاجل المال فان فر منهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل المال ولو فر رجل من القطاع فلحقوه وقد التجأ بنفسه الى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب السير

اورد الجهاد عقيب الحدود بعد ان ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منهما من مضمون هذا الكتاب هو اخلاء العالم عن الفساد ويكون كل منهما حسنا لحسن غيره وذلك الغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى يتأدى بفعل نفس المأمور به وهو القتال وسبب تأخيره عنها بوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد واقبحه والعادة فى التعاليم الشروع فيها على وجه الترقى من الادنى الى ما هو اعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح والسير جمع سيرة وهى فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وخمرة وقد استعملت كذلك فى السير المعنوى حيث قالوا فى عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب فى لسان اهل الشرع على الطريق المأمور بها فى غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب فى عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفى غير كتب الفقه يقال كتاب المغازى وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاة مصدرا سماعيا لغزى والدال على الوحدة والقياس غزو وغزوة للوحدة كضربة وهو قصد العدو للقتال خص فى عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله وتقربا اليه تعالى بذلك واشق منه قصر النفس على الطاعات فى النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهويتها ولذا قال صلى الله عليه وسلم وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا انه صلى الله عليه وسلم

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه

افيد في التفضيل عن الصلوة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله اي الاعمال افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء انه جعله افضل بعد الايمان في حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اي العمل افضل قال الايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علم من تهيئة له واستعداد وزيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه افضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور في الحديث السابق الصلوة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا الاخير ذكر ان المواظبة على اداء فرائض الصلوة واخذ النفس بها في اوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلوة على ميقاتها افضل من الجهاد لان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك لان افتراض الجهاد ليس الا للايمان واقامة الصلوة فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلوة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صح عنه صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل يبتغى به درجات الآخرة بعد الصلوة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذا لا شك في هذا عندنا وجب ان نعتبر كل من الصلوة والزكوة مرادة بلفظ الايمان في حديث ابي هريرة ويكون من عموم المجاز او يرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عضده من الاحاديث السابقة والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلوة فيه اصلا فانما فيه انه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلوة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود من الاحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن ابي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعادوا عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر من صلوته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن ابي هريرة رضي الله عنه من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيمة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه بقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه اجري عليه عمله الذي كان يعمل واجري عليه رزقه وامن الفتان رواه مسلم زاد الطبراني ويبعث يوم القيمة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع ومن مات مرابطا امن من الفزع الاكبر ولفظ ابن ماجة بسند صحيح عن ابي هريرة وبعثه الله يوم القيمة آمنا من الفزع وعن ابي امامة عنه صلى الله عليه وسلم قال ان صلوة المرابط تعدل خمسمائة صلوة ونفقة الدينار والدرهم منه افضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي تحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل ان يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل

رباطا الى اربعين سنة واذا اغار مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا اغار ثلث مرات يكون رباطا الى يوم القيامة قال في الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول واعلم ان ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن انس عنه صلى الله عليه وسلم من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا ياخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله تعالى يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلى وفيه محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن ابي هريرة عنه قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان اعطي رضي وان لم يعط سخط تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد اخذ بعنان فرسه في سبيل الله اشعث راسه مغبرة قدماه ان كان في الحراسة كان في الحراسة وان كان في الساقة كان في الساقة ان استاذن لم يؤذن وان شفع لم يشفع له **قوله** الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا وقع موقع تفسير فرض الكفاية اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم لقوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر رضي الله عنه وهو محمل ان صح على انه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب ان المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا واما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مقرون بما يقيده ويعينه من بحيث يحارب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد ان قتالنا المامور به جزاء لقتالهم وسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان اهل مكة يفتنون من اسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف في السير اظهر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين وعند ذلك لا يقبل الا الاسلام او السيف وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض الروايات الصحيحة بحديث النهي عن قتل النساء حين رأى المقتولة وعلله بقوله ما كانت هذه تقاتل واما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على وجوبه ولهذا لا ينسخ وهذا لان الخبر الواحد لا يفيد الافتراض ولا تعالى الا اذا تايد خبر الواحد بالكتاب والاجماع لتقييد الفرضية ممنوع بل المفيد الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه ابو داود من حديث انس قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان يقاتل آخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار وفيه يزيد ابن ابي نشبة من بني سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله اعلم قال المنذري هو في معنى المجهول ولا شك ان اجماع الامة ان الجهاد ماض الى يوم القيمة فلا يتصور نسخه بعد النبي صلى الله عليه وسلم وانه لا قائل ان تقاتل آخر الامة الدجال منتهى وجوب الجهاد واما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين

وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات

ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الباقين لحصول ما
هو المقصود منه كصلوة الجنازة المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى انه فرض عين تمسكا
بعموم الادلة المذكورة اذ شملها ما يثبت به فرض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر والمجاهدون
الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان فرضا عينا لاشتغل الناس كلهم به
فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم قطع مادة الجهاد من الكراع يعني الخيل والسلاح والاقوات فيؤدى
ايجابه على الكل الى تركه للعجز فلزم ان يجب على الكفاية ولا يخفى ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم في كونه فرض عين ان يخرج الكل
من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد ان يخرج فتخرج مرة طائفة وفي مرة
طائفة اخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه في ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان بان
هجموا على بلدة من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب على جميع اهل تلك البلدة النفر
وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية او تكاسلوا وعصوا وهكذا الى ان يجب على
جميع اهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلوة عليه يجب اولا على اهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدهم على ما ذكرنا
هكذا ذكروا وكان معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الا بعدون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف ما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه على الكل متجه
من اهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم او قعود السلطان او منعه
واستدل على ذلك بقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل اغنياء
وفقراء وينبغي ان يقال قول آخر وهو كل من هذه اي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصله انه لم يعذر احد نفيا فاوجب العينية وفيه نظر لان
الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعيينها العينية بل الحق ان هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لافادة الوجوب ثم
تعرف الكفاية بالآية المتقدمة واما العينية في النفير العام فاجماعية من الائمة هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد رحمه الله الجهاد
واجب وانهم في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم قال فاول هذا الكلام يعني قوله واجب وانهم في سعة من تركه اشار الى الوجوب على الكفاية فانه لو كان على
الكل لم يكن واجبا فهو ترك بالبعض واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار الحاصل انه واجب يسع البعض تركه الا ان يحتاج الى الكل
ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف اما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي ان يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا وافزاعا
ونفرا وتغيرا اذا خرجوا قوله وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب او لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم واجب وان
لم يبدؤنا لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببدائتهم وهذا معنى قوله للعمومات لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل احد فقط فالمراد
اطلاق العمومات في بدائتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء فلقد استبعد ما عن
الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله الحديث يوجب ان يبدأهم بلا تامل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى آخر المحرم

ولا يجب الجهاد على الصبي لان الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

او الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك انه كثر في الاستعمال **قوله** ولا يجب الجهاد على صبي الخ الوجه الظاهر ان يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام ان حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما او طلاقه ليستلزم الطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا لحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكونون مخصوصين من العمومات الدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لا جرم لم يظهر في حق فروض الاعيان ثم لو امر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب ان يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لطاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالزوج وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والغرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد واحد الابوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما علمت ان في خصوصه احاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقد سلف من صحيح حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن ابي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفيه عن الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما واما الاعمى وما الاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب **قوله** ويكره الجعل يريد بالجعل هنا ان يكلف الامام للناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد وما دام للمسلمين فيء وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة لانه لا ضرورة حينئذ لان بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهية على الامام بخصوصه او جاز غيره وان يجعل شبه الاجرة حقيقة لان الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهه مكروه ويوجبها على القاعد على الامام كراهية تعطيل في الكره وحقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يفعله والمراد هنا ان يضرب الامام الجعل على الناس الذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجر ان كان الجعل من بيت المال فلا يكره ان يجهزهم من بيت المال لان الامام انما القعد روا على الجهاد فاضلا عن حاجتهم وعيالهم ان لو من ليلتهم استحقاقهم من بيت المال فان لم يكن في ذلك كان الجهاد مع حاجة المعلم اما اذا لم يكن في بيت المال شيء فلا يكره ان يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل لان به دفع الضرر الاعلى وهو تعدي شر الكفار الى المسلمين بالحاق الضرر الادنى وانما استأنس المصنف لهذا بانه صلى الله عليه وسلم اخذ دروعا من صفوان بن امية وبان عمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد اما قصة صفوان فلا شك ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل يطلب منه

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام فإن أجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله الحديث وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور في القرآن والله أعلم ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لأنه صح أن النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة

أدرعا عند خروجه إلى حنين ففي سيرة ابن إسحق أربع مائة درع وكان صفوان إذ ذاك على شركه فإنه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة إلى حنين فأرسل يطلب ذلك فقال يا محمد أغصبا قال لا بل عارية مضمونة فغيبها ثم استحمله بأحمالها على مائتي بعير وفي مسند أحمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه السلام أن يضمنها فقال لا أنا اليوم في الإسلام أرغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الإمام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك إلا الالتزام فإن ما فعله الإمام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه أن عند الحاجة يتوسل إلى الجهاز إذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما عن عمر رضي الله عنه فظاهر فيه إلا أن ينبغي تعريته عنه ليس إلا لأنه يأخذ الجهاز منه وإلا فهو غاز عن نفسه وإن أعطاه من بيت المال وأما قول العطي لشاخص من لفاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر رضي الله عنه أنه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس المقيم وروى ابن أبي شيبة ثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلد قال كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

باب كيفية القتال لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال إذا دخل المسلمون دار الحرب يصح أن يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو استئناف فحاصروا مدينة وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان أقام به أو حصنا وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل إلى ما في جوفه دعوهم إلى الإسلام فإن لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الأجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة إلا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث أو خلال فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم أن فعلوا ذلك أن لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فإن أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب إلا أن يجاهدوا مع المسلمين فإن هم أبوا فسلهم الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم إن تخفروا ذممكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الأحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة وإجماع ولأن بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن

قال فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام فى حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به فى كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة **قال** وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان فى جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

ابن ابى نجيح عن ابيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم رواه الحاكم وصححه **قوله** ولو قاتلوهم قبل الدعوة اثموا ولكن لا غرامة بما اتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الحرب وفى المحيط بلوغ الدعوة حقيقة او حكما بان استفاض شرقا وغربا انهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك فى ان بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب ان المدار عليه لكن ان هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن تستحب اما عدم الوجوب فلما فى الصحيحين عن ابن عون كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك فى اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثنى به عبد الله بن عمر وكان فى ذلك الجيش وروى ابو داود وغيره عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال اغز على ابنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وابنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة واما الاستحباب فلان التكرار قد يجرى المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون او يحتالون او يتحصنون وفى غلبة الظن فى ذلك بما يظهر من احوالهم كالعلم بل هو المراد اذ حقيقته تتعذر الوقوف عليها فان اجاب المدعو وغيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية بذا امر رسول الله الاجناد وقد ذكرناه من حديث بريدة ولانه اخر ما ينتهى اليه القتال كما نطق به النص قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركى العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما سنبين فان بذلوها اى قبلوها وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور فى القرآن بالاجماع وقد قال على رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والاحاديث فى هذا كثيرة بل هو من الضروريات يعنى حديث على رواه الشافعى فى مسنده اخبرنا محمد بن الحسن الشيبانى انبأنا قيس بن الربيع الاسدى عن ابان بن تغلب عن الحسين بن ميمون عن ابى الجنوب قال قال على من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطنى ابا الجنوب **قوله** فان ابوا استعانوا عليهم بالله وحاربوهم لقوله م فى حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم فتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك فيستعان بالله فى كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف على ما فى الترمذى معضلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد ان النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمرو بن هارون ورواه ابو داود فى المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد فى الطبقات وزاد اربعين يوما وذكره الواقدى فى المغازى وذكر ان الذى اشار به سلمان الفارسى وحرقهم لانه م احرق البويرة على ما روى الستة فى كتبهم عن ابن عمر رض قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير وقطع وهى البويرة

ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لأنه إن تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان

اسم لنخل بني النضير ولما يقول حسان بن ثابت وهان على سراة بني لوي حريق بالبويرة مستطير ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح بادٍ كره ذلك لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها **قوله** ولا بأس برميهم وإن كان فيهم أسير أو تاجر ولو تترسوا بأسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم أنهم إن كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلم ذلك إلا أنه لا يقصد برميهم إلا الكفار فإن أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس إلا إذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن بن زياد فإن رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال أبو إسحق إن قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما أو لم يعلمه لقوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج وإن لم يقصده بعينه بل رمى إلى الصف فأصيب فلا دية عليه وأما الأول فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى لأن مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الإطلاق أمران الأول إنا أمرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لأن حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة إهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي إلا الكافر لأن قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما إذا لم يفرض هو ما إذا فتحت البلدة قال محمد إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي إلا أنه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل إذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذا فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم إن المصنف أجال وجه مسألة التترس على وجهي مسألة ما إذا كان فيهم أسير مسلم أو تاجر وقد يقال إن سلم أنه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير فإطلاق افتراض القتال إهدار لاعتباره ما لعارض فلا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن أن يتترسوا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض إهدار الحرمة الرمي فإن المشاهدة نفته فوجب أن تتقيد بما إذا لم يكن طريق إلى قتل المسلم غالبا وأما قوله إنه دفع الضرر العام بإلحاق الضرر الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرموا حل الرمي عند ذلك ولم يتقيد به واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام أي مجتمعه إن لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل وتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل مسلم في غالب الظن وإنما يكون الضرر العام متعديا على هذا إذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فإن قيل ألم يلزم الدية إذا أصيب مسلم مع قوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج أي مهدر أجيب بأنه عام مخصوص من البغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لأن الفرض لا يقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضي أو حده أنه لا دية فيه لأن القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة وإلا امتنع عن الإقامة بخلاف المضطر حالة المخمصة لأنه لا يمتنع عن الأكل مخافة الضمان لأن في الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع أما الجهاد فمبني على إتلاف

قال ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو على بلد للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول

نفسه فيمتنع حذاره واعلم ان المذهب عندنا في المضطر انه لا يجب عليه اكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فيه كذا ابيح بقيد شرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان **قوله** ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف منهم لما قال المص وهو التاويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقرآن الى ارض العدو وهذا الحديث رواه الستة الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التاويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الاسلام عن ابي الحسن القمي والصدر الشهيد عن الطحاوي ان ذلك انما كان عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن ايدي الناس واما اليوم فلا يكره اذ التاويل الصحيح ما ذكره المص وهو منقول عن مالك راوي الحديث فان ابا داود وابن ماجة زاد بعد قوله الى ارض العدو وقال مالك اراه ذلك مخافة ان يناله العدو والحق انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما اخرجه مسلم وابن ماجة عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى ان يسافر بالقرآن الى ارض العدو مخافة ان يناله العدو واخرجه مسلم عن ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فاني لا آمن ان يناله العدو وفي رواية لمسلم فاني اخاف فلذا حكم القرطبي والنووي انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم انها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تاويله او شك في سماعه اياها وفي فتاوى قاضيخان قال ابو حنيفة اقل السرية اربعمائة واقل العسكر اربعة آلاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى كان المراد من شأنهم ذلك والا فقد لا يكمنون وكأنه مأخوذ من السري وهو السير ليلا فكان الاولى ان يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر الفا لما روي انه عم قال لن يغلب اثنا عشر الفا من قلة وهو اكثر ما روي فيه هذا باعتباره احوط هذا مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك اطلاق المنع اخذا باطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرية اخذا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدو له في الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وانت علمت ان العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بمظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك ان حمله لا يكون الا ممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه ايضا كذلك ذكره في المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث اولى ثم الاولى في اخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقي دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة وقد قاتلت ام سليم يوم خيبر واقرها عليه الصلوة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني لبعض المنهزمين **قوله** ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى الا ان يهجم العدو على ما تقدم **قوله** وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا عليهم ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام لا تغلوا

ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

الخ تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلوة والسلام ولا تمثلوا اي المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت امثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين ان ذلك قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس رض ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال ابو الفتح اليعمري في سيرته من الناس من ابى ذلك الى ان قال وليس فيها يعني اية الحرابة اكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الاية واما من زاد على الحرابة جنايات آخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد في خبرهم انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعينهم لانهم سملوا اعين الرعاء ولو ان شخصا جنى على قوم جنايات في اعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التسوية الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني اية الجزاء اسبابا اخر واذا اختلفت في سبب نزول الآية اقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول ان المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم تنسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثله لا تحل الا انها منسوخة لم تشرع اولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء لتمثيلهم بالراعي ولا شك ان قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها اما ان يكون متاخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها او لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح احدهما تضمن الحكم بنسخ الاخر ورواية انس صريح فيه واما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع انف رجل واذني رجل وفقأ عيني اخر وقطع يدي اخر ورجلي اخر فلا شك انه يجب القصاص لكل واحد اذا الحقه لكنه يجب ان يستأني بكل قصاص بعد الذي قبله الى ان يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به اي مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر اثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ ان يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى ان هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع انفه ويده ونحو ذلك قوله ولا تقتلوا امرأة ولا صبيا اخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر رض ان امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذلك واما معارضته بما اخرج ابو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فاضعف منه ثم [illegible] اصول كثيرة من الناس لا معارضة بل يجب ان يخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك لحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا ما اخرج الستة عن الصعب بن جثامة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلوة والسلام

قال إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحراب أو تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها إلى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولأن القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا إلا أنه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح

منهم وفي لفظ هم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك لأن فيه ضرورة عدم العلم والقصد إلى الصغار بأنفسهم لأن التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما أظن إلا أن حرمة قتل النساء والصبيان إجماع فأما الحديث الذي ذكره المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائي عن ابن الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي حدثني أبي عن جده رباح بن الربيع بن صيفي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر علام اجتمع هؤلاء فجاء فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا وأخرجه النسائي أيضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن المرقع وكذا أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وفي لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال هكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن أبي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت فإذا ثبت ذلك فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من أنه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس إياه ومنع قتل النساء والصبيان وأيا بس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أحرى القتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف والحجة عليه أي على الشافعي ما بيناه يعني من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الإلزام على أحد القولين له فإنه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوع الأيدي والأرجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال أحمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروي عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولأنهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية وذكرنا ما ذكرنا من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وأنت تعلم أن قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمي والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر معه بالقياس لو لم يكن فيه خبر فكيف منهم ما سمعت بل ما قدمناه من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما يرجع إليه وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على أصولهم وأما قول المصنف صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب قال في العرنيين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا أي امرأة ولا أجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الإحبال لأنه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره في الذخيرة وزاد الشيخ أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي أنه إذا كان كامل العقل يقتله ومثله يقتل إذا ارتد والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا يقتله ولا إذا ارتد قال وأما الرهبان فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ويقتلهم أيضا إذا ارتدوا انتهى ولا تقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف بقتل أقطع اليد اليسرى أو أحد الرجلين وإن لم يقاتل قوله إلا أن يكون أحد هؤلاء استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف في هذا الأصل وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر فقد عمي لما جيء به في جيش هوازن للرأي

ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به

وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما اما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذي يجن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل **قوله** ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين او جده او امه اذا قاتلت او جدته بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم الآية ولانه يجب عليه بالانفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه اي ادرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن على الاب بعينه القتل بل يشغله بالمحاولة بان يعرقب فرسه او يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي ان ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى ان يجيء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما اراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهذا اولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي لنجاة احدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي انه لو سمع اباه المشرك يذكر الله ورسوله بسوء ان يكون له قتله لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال مباح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب للمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره ان يبتدئهم كالاب واما في الرجم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة

باب الموادعة ومن يجوز امانه الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم توجد منه اصلا ويثاب على ذلك وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال

قوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم بمال وبلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله الآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة المسلمين في ذلك بآية اخرى هي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى والقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول انها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة او المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم تعلم ترجح مقتضى المنع اعني آية فلا تهنوا كما هو القواعد في تقديم المحرم واما حديث موادعته عليه الصلوة والسلام اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن ابيه وليس بلازم لان الحاصل ان اهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين الى ان نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فينبغي ان يكون المحفوظ ما رواه

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم تكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم الامام وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر **قال** وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى:

محمد بن اسحق وهو عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير ان تعقبه ورواه ابو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم انهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس وعلى ان بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال، رواه احمد في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هارون انبانا ابن اسحق فساقه الى ان قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني ابن ابي سبرة عن اسحق بن عبد الله بن ابي فروة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية انها انما كانت على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على ان سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث اعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في مدة الصلح فرفع الخلاف ظاهر بان مراد من قال سنتين ان بقاءه سنتين ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما والله سبحانه اعلم **قوله** ولا يقتصر الحكم وهو جواز الموادعة على المدة المذكورة وهو عشر سنين لتعدي المعنى الذي به علل جوازها وهو حاجة المسلمين او ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون باكثر بخلاف ما اذا لم تكن الموادعة او المدة المسماة خير المسلمين فانه لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة ومعنى وما ابيح الا باعتبار انه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خير المسلمين والا فهو ترك للمامور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه اكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشفت محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وخالطوهم **قوله** وان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم اي القى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم انه رجع عما وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية انه مقيد بخوف الخيانة وهو بمثل ان علمتم فيهم خيرا في الكتابة وجعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على انه لا يتقيد بخوف الخيانة لان المهادنة في الاول ما صحت الا لانها انفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات نحو ما في البخاري عنه عليه الصلوة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص اربع خصال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى ابو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس او برذون وهو يقول الله اكبر الله اكبر وفاء لا غدر فنظر واذا هو عمرو بن عبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولا يحلها حتى ينقضي امدها او ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه احمد وابن حبان وابن ابي شيبة وغيرهم واما ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلوة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا وما استدل به من انه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة فلا يليق انه جعل دليلا فيما يأتي من قوله وان بدؤا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه ولذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معهم من الذراري الا ان يكون باذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل ولو لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه لم ينبذ الى اهل مكة بل هم بدؤا بالغدر

ملفوفة

سنتان

واذا رأى الامام موادعة اهل الحرب ان ياخذ على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن

قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله ان يعمي عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع اصحاب السير والمغازي ومن تلقى نقضت ورواها كما في حديث ابن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم انه من شاء ان يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة والثمانية عشر شهرا ثم ان بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة فقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا احد فاعانوا بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبره الخبر فلما قدم عليه انشده لاهم اني ناشد محمدا ، حلف ابينا وابيه الاتلدا ، ان قريشا اخلفوك الموعدا ، ونقضوا ميثاقك المؤكدا ، هم بيتونا بالوتير هجدا ، فقتلونا ركعا وسجدا ، فانصر رسول الله نصرا اعتدا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم امر الناس فتجهزوا وسأل الله ان يعمي على قريش خبرهم حتى يبغتهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان ابا بكر رضي الله عنه قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم الم يكن بينك وبينهم مدة قال الم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن ابي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثيرة في كتاب المغازي وفيه فقال ابو بكر يا رسول الله الم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فانا غازيهم ثم في النبذ لا يكفي مجرد اعلامهم بل لا بد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته ولا يجوز ان يغار على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة **قوله** وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ المسلمون على ذلك مالا جاز لانه لما جاز بلا مال فبالمال وهو اكثر نفعا اولى الا ان هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل يعني قوله لانه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز ان يكون اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي ان الموادعة يجوز واخذ المال لا يجوز اذا كان مال المسلمين كثيرا غير انهم ليسوا متاهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كله جهاد وفي اخذ اموالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فاخذه لهذا المعنى من الجهاد لا اجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية وان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لانه ماخوذ منهم قهرا معنى واما المرتدون فلا باس بموادعتهم ومعلوم ان ذلك اذا غلبوا على بلدة وصار دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا باس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله لما نبين يعني في باب الجزية ومع هذا لو اخذه لا يرده عليهم لان مالهم فيء للمسلمين اذا ظهروا بخلاف ما اذا اخذ من اهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب اوزارها لانه ليس فيئا الا انه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم **قوله** ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة ومن ذلك قول عمر لابي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجافيا عن صلح اليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابو بكر بلى قال اولسنا بالمسلمين قال بلى قال اوليسوا

ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم

بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له ابو بكر الزم غرزه فاني اشهد انه رسول الله فقال عمر وانا اشهد انه رسول الله ذكره ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس لمؤمن ان يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين الا اذا خاف الامام الهلاك على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق ارسل الى عيينة بن حصن والحارث بن عوف بن ابي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على ان يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله امرا تحبه فنصنعه ام شيئا امرك الله به لا بد لنا من العمل به ام شيئا تصنعه لنا قال بل شيء اصنعه لكم والله ما اصنع ذلك الا لاني رايت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت ان اكسر عنكم من شوكتهم الى امر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون ان ياكلوا منها ثمرة الا قرى او بيعا فحين اكرمنا الله بالاسلام وهدانا له واعزنا بك وبه نعطيهم اموالنا وما لنا بهذا من حاجة والله ما نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا اتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلل المصنف هذا بقوله لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو اكره عليه بقتل نفسه بل يصبر لا يقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح ان يرد اليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاء مسلما منهم وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حتى جاء ابو جندل بن سهيل بن عمرو وقد كان اسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين اارد الى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلاة والسلام اصبر ابا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد ابا بصير واما لو شرطه في النساء لا يجوز ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربي المهر هل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك واحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال ايضا اذ لا فرق بين الرجال والنساء في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم اكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من اسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تعرض لمن فعل ذلك من قبيلة اخرى انما يتولى رده عشيرته وهم لا يبلغون فيه اكثر من القيد والسب والاهانة وقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل ابي بصير وابي جندل ابن سهيل بن عمرو الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر على خلاف ذلك قوله ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب اذا جاءوا مستامنين ولا تجهز اليهم مع التجار الى دار الحرب لانه عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله القبطي عن ابي رجاء عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب انه موقوف اخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي هو عندي لا باس به

لا اتهم

اراد ان

ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يميرا اهل مكة وهم حرب عليه

ونقل عن احمد نحو ذلك قال المصنف ولان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في ذلك ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام اي القياس فيه ان يمنع من حمله الى دار الحرب لان به التقوي على كل شي والمقصود اضعافهم الا انا عرفناه اي نقل الطعام اليهم بالنص يعني حديث ثمامة وحديث اسامة رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له صبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وامنت به وايم الله الذي نفس ثمامة بيده لا ياتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى ياذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئلونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر انهم قالوا له صبأت فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى ياذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تامر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب عليه الصلوة والسلام اليه ان يخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد والسلاح فمنعه لما لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية قال الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى انه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح واما فيما لا تقاتل الا بالصنعة فلا باس به كما كرهنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب باسا ولا ببيع الخشب واما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا فاما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد ثم لا يكره

فروع من المبسوط

طلب ملك منهم الذمة على ان يترك ان يحكم في اهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له ارض فيها قوم من اهل مملكته هم عبيد يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحراز ولو اسلم كانوا عبيده فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد تاكدت بعقد الذمة فان ظهر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على ذلك الملك بغير شي قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر اموال اهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو اسلم الملك واهل مملكته او اسلموا هم دونه هم عبيده ولو وادعوا على ان يودي كل سنة شيئا معلوما على ان لا يجري عليهم في بلادهم احكام المسلمين لا يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعد ما احاط بهم الجيش او قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على ان يودوا اليهم كل سنة مائة راس من انفسهم واولادهم لم يجز لان الصلح وقع على جماعتهم وكانوا كلهم مستامنين واسترقاق المستامنين لا يجوز وكذا لو صالحهم على ان يباع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فلذلك لا يجوز تمليك شي من انفسهم واولادهم بحكم تلك الموادعة لان خرجتهم تاكدت بخلاف ما لو صالحهم على مائة راس باعيانهم اول السنة وقالوا

فصل وإذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم، والأصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد، ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره، ولأن سببه لا يتجزى وهو الإيمان، وكذا الأمان لا يتجزى فيتكامل كولاية الإنكاح. **قال** إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه، ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام الأمان لما بينا ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه، بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا. **قال** ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين. **قال** ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف، ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا الباب

واتفقا على ... ولو قالوا لكم ونعطيكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فإن ... ولو أن ... في سنة ... لأنهم ... ولهم الموادعة ومنها يثبت الأمان لهم فإذا ... من الموادعة يجعلهم إياهم عوضا للمسلمين ... ما بيد المسلمين بالموادعة والثلث ... في السنين الكائنة بعد الموادعة ... فجاز، ولو سرق مسلم مستأمن مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لأن مال المستأمن لا يملك بالسرقة لأنه غدر فلا يصح شراؤه منه، ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الموادعة جاز أن نشتري منهم ما أخذوه من أموالهم لأنهم ملكوها بالإحراز كمال المسلمين، ثم لا يلزمهم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لأنهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب إذ لم ينقادوا إلى حكم الإسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم، ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لأنه في أمان المسلمين.

فصل في الأمان وهو نوع من الموادعة في التحقيق. **قوله** وإذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم على إسناد المصدر إلى المفعول ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم أي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع ويسعى بذمتهم أدناهم، أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم، ومعنى يرد عليهم أقصاهم أي يرد الأبعد منهم التبعة عليهم، وذلك أن العسكر إذا دخل دار الحرب فاقتطع الإمام منه سرايا ووجهها للإغارة فما غنمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقي لأهل العسكر لأن بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب وأخذ المال. وأما قوله وهم يد إلى آخره أي كأنهم آلة واحدة تمنع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليهم. وروى ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم. ففسر الرد في ذلك الحديث بالإجارة فالمعنى يرد الإجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا، والمقصود من هذا الحديث محل الدية. وهو في الصحيحين عن علي قال ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا، وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا. وأخرج البخاري أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبي هريرة. ومن قال إن الشيخ علاء الدين وهم إذ أخرجه من حديث علي من جهة أبي داود والواقع أن الشيخين أخرجاه غلط، فإن ما في الصحيحين ليس فيه تتكافأ دماؤهم وهو يريد أن يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط. وفسر المصنف أدناهم بأقلهم في العدد وهو الواحد احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتي، وليس بلازم إذ على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو إطلاق الأدنى بمعنى الواحد فإنه يتناول الواحد حرا أو عبدا. وقد ثبت في أمان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ في الصحيحين عنها قالت يا رسول الله زعم ابن أمي علي أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن فلان، قال عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت. ورواه الأزرقي من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب قالت ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إني أجرت حموين لي من المشركين فأراد هذا أن يقتلهما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث. وكان اللذان أجارته أم هانئ

ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة رح الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد رح يصح وهو قول الشافعي رح وابو يوسف رح معه في رواية ومع ابي حنيفة رح في رواية لمحمد رح قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رض ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمؤمن من الامان والايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة واما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رح انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسابقة لانه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ذلك لكونه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون لانه رضي بعود الخطاء ونال المباشرة القتال بخلاف المؤمن لانه تخفيف على الاسلام وهو بمنزلة الدعوة اليه لانه يقابل بالجزية ولانه مفروض عليه من الله في اسقاط فرض لم يتم

عبد الله بن ابي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه ابو داود حدثنا عثمان بن ابي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة قالت ان كانت المراة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب امان المراة حدثنا يحيى بن اكثم الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المراة لتاخذ للقوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من ابي هريرة ومنها حديث اجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا العاص فقال عليه الصلوة والسلام الا وانه يجير على المسلمين ادناهم رواه الطبراني بطوله قال المص ولانه من اهل القتال اي الواحد ذكرا او انثى فانها مالكة بالتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه فيتحقق الامان منه لملاقاته محله اي محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من اهله في محله نفذ ثم يتعدى الى غيره اي غير المجير من المسلمين واما قوله ولان سببه لا يتجزى الى آخره فيصلح تعليلا بلا واو للتعدي فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما تعديه الى غيره فليس ضروريا فلا بد من دليل وما ذكره من عدم التجزي يصلح دليلا له فانه لم يتجز كان امان الواحد امان الكل لا انه يبعض امان الكل واستدل على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجزى فكذا الامان وفسره بالتصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال آمنته فامن اي اعطيته الامان فامن ولا يصح ان يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فامن الكافر اي حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان ال علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضي فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك ان الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى امان الحربي باعطاء المسلم اياه له فالحق ان كلا منهما يصلح الامان اي اعطاء الامان سبب للامان بمعنى علة لا تتجزى فلا يتجزى الامان والايمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للامان لا يتجزى فلا يتجزى الامان وصار كولاية الانكاح اذا زوج احد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم ان كونها لا يتجزى انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله الا اذا كان في ذلك اي امان الواحد مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى واما قوله ولو حاصر الامام حصنا فامن واحد من الناس الى آخره فليس تكرارا محضا بل ذكره ليتبنى عليه. قوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لا يؤدبه لانه ربما فعل ذلك مخافة ان تفوت المصلحة بالتأخير الى ان يعلم الامام بها ويؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتيات للسبق الى الشيء دون ائتمار من ينبغي ان يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس اي سبقني فاصل افتيات افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي ان يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه مصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه قوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وايضا لا ولاية لكافر على مسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء او ابى ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم في دار الحرب لانهما مقهوران تحت ايديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة لانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح قوله ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح امانه لما بينا من ان الامان يختص بمحل الخوف وهو منتف حالا لكونه مقيما في دارهم لا منعة له ولا قوة دفاع قوله ولا يصح امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان يأذن له

ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق

له وهو في القتال قال محمد يصح وهو قول الشافعي وبه قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم
ادناهم ولما روى ابو موسى الاشعري من قوله عليه الصلوة والسلام امان العبد امان ولانه مومن ممتنع اي له قوة يمتنع بها وبغيره فيصح امانه
اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمويد من الامان وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصاروا اهل ذمة
فهذا وهو الموقت من الذمة اولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر في صحة الامان اما الايمان فانه شرط للعبادات والجهاد من اعظمها
واما اعتبار الامتناع فليتحقق ازالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين
اذ الكلام في مثل هذه الحالة لا فيما لا مصلحة فيه وانما لا يملك المسابقة اي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات
بان يقتل وهذا المانع انما يوثر في الجهاد بذلك الوجه لا الوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين الماذون في هذا النوع من الجهاد
فرق فيجب اعتباره منه ولابي حنيفة وهو قول مالك في رواية سحنون عنه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الامان
محله وهو الخائف من مومن فلم يحصل المؤثر وهو الاعزاز لانه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر انه يخطئ لان معرفة المصلحة
في الامان انما يقوم بمن يباشر القتال وهو الماذون لانه ادرى بامر من غير المحاربين له وفي خطائه سد باب الاستغنام على مولاه
وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد الماذون وبخلاف الامان المويد لعقد الجزية لانه خلف
عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام ولكل مسلم عبدا او حرا ذلك لانه مقابل بالجزية فالمصلحة للعبد ولعامة المسلمين محققة فيه ولانه
مفروض عند سوالهم لان الله تعالى عنى قتالهم به لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم اسقاط الفرض عن الامام وعن عامة المسلمين
وهو لذلك يقع محقق فافترقا واعلم ان وجه العامة تضمن قياسين قياس امان المحجور على امان الماذون في القتال وقياس امان
المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك ان فرق ابي حنيفة في الثاني متجه واما دفعه القياس الاول فلا فانه ان فرق بانه لا يخاف منه والآخر يخاف منه
فالظاهر ان ذلك بالنسبة الى اهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون الماذون ليختافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رأوه مع المسلمين
سوى البنية فهو مخوف لهم واما بان الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا تاثير له لان الامان غير لازم اذا لم تكن فيه مصلحة
بل اذا كان كذلك ينبذ اليهم الامام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن ابي موسى غير تام لانه حيث لا يعرف فان قلت
فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا
فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستامنوه فكتب اليهم امانا ثم
رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا اسلحتهم فقلنا ما شانكم فقالوا امنتمونا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب بامانهم فقلنا
هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر رضي فكتب ان العبد المسلم من المسلمين
وامانه امانهم ورواه ابن ابي شيبة وزاد فاجاز عمر امانه فالجواب انها واقعة حال فيجوز كونه ماذونا له في القتال ايضا وجاز كونه
محجورا والامان كان عقد ذمة وانه يصح منه والله اعلم الا ان اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي اناطته مطلقا
بذلك والحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وان امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح باجماع الائمة الاربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام

وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا لا يصح عند ابى حنيفة ويصح عند محمد بقول ابى حنيفة قال الشافعى واحمد فى وجه لان قوله غير معتبر لطلاقه وعتاقه ويقول محمد قال مالك احمد وان كان ماذونا له فى القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا وبه قال مالك واحمد ولانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبى الماذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه ونسب ابا يوسف الى ابى حنيفة فى السير الكبير فى عدم الصحة وانما قال المصنف والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع فى الصبى المراهق عن ابى حنيفة كما نقله الناطفى فى الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذى راهق الحلم وهو يعقل الاسلام وانه ثم قال وهذا قوله فاما عند ابى حنيفة وابى يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق فى كفاية البيهقى فقال لا يجوز امان الصبى المراهق ما لم يبلغ عند ابى حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه تعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا لما ترى اجراء للخلاف فى الصبى مطلقا قال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال او ماذونا له فيه نفى الثانى لا خلاف فى صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قوله للحربى لا تخف ولا توجل او مترس او لكم عهد الله او ذمة الله تعالى او تعال فاسمع الكلام ذكره فى السير وقال الناطفى فى السير املاء سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول

محمد رحمة الله عليهم اجمعين

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهى من الموادعة ذكر ما ينتهى اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس والاموال وانما كان ذلك غالبا لاستقراء تاييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم فى الاكثر قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز فى الواو ما قدمناه فى قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لان منه عنى يعنى عنوة اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحى القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوى عنوة اى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاخبارات على ان يراد معنى المذكور له المجازى لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة كثير اما ولو اراد به نفسه الجود كان مجازا من المسبب فى السبب والوجه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسم اى البلد بين الغانمين مع رؤس اهلها استرقاقا واموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء رقاب مقاتليهم وقسم ما سواهم من الكراع والاموال والذرارى ووضع على الاراضى المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وارضهم واموالهم ووضع الجزية على الرؤس والخراج على ارضهم من غير نظر الى الماء الذى يسقى به اهو ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والآبار او ماء الخراج كالانهار التى شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر واما المن عليهم برقابهم وارضهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على انفسهم وعلى الاراضى الى ان تخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع اموالهم دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم احرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفع اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والاعمال وله ان يقتلهم وله ان يسترقهم

وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار، اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه

كما سنذكره وقد قيل الاولى هو الاول اي قسمة الاراضي في غيره اذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلوة والسلام خيبر كما في البخاري عن زيد بن اسلم عن ابيه قال قال عمر رضي الله عنه لولا آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطا اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر رضي الله عنه يقول لولا ان يترك آخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهره انه قسمها كلها والذي في ابي داود بسند جيد انه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واخرج ايضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسمها على ستة وثلثين سهما جمع كل سهم مائة سهم لكل مائة رجل سهما وكان الرجال والفارس ثمان مائة سهم وسياق ان رجال غزوة خيبر الف واربعمائة والخيل ثلثمائة في رواية كان الجيش الفا وخمسمائة منهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل صاحبه سهما وقد جاء مبينا وكذلك في رواية البيهقي وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف الباقي لمن نزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا انه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى جعل بيت المال ثم ذكر من طريق آخر ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد ابو عبيد في كتاب الاموال فعاملهم بالنصف مما يخرج منها فلم يزل حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر رضي الله عنه حتى كان عمر رضي الله عنه فكثر العمال في ايدي المسلمين وقووا على العمل فاجلى عمر رضي الله عنه اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف اصحاب المغازي في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصحح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر قال فانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلمهما اهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روي انه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى ايقنوا بالهلاك سألوه ان يسيرهم وان يحقن لهم دماءهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى ان قال فلما لم يكن اهل ذينك الحصنين مغنومين ظن ان ذلك صلح ولعمري انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا ارضهم الا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر ارض خيبر كلها عنوة مقسومة بين اهلها الى ان قال ولو كان صلحا لملكها اهلها كما يملك اهل الصلح ارضهم وسائر اموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري اي انها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى قوله فان شاء اقر اهلها الى قوله كذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق لا شك في اقرار عمر رضي الله عنه اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على كل جريب عامر او غامر عمله صاحبه او لم يعمله درهما وقفيزا وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونهم اربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر وربما حمل في اول سنة الى عمر رضي الله عنه ثمانون الف الف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرين الف الف درهم الا ان في المشهور عن اصحاب الشافعي انها فتحت عنوة قسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم انه لم يخصها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين فاستردها ورد على اهلها بخراج يؤدونه كل سنة وقال ابن سريج باعها من اهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي ان السواد فتح عنوة وان عمر رضي الله عنه فعل ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ما افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم الآية الغنيمة لله ولرسوله والذين جاؤا من بعدهم وانما يكون لهم بالمن بوضع الخراج

وفي العقار خلافاً للشافعي رحمه الله لان في المن ابطال حق الغانمين وملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأساً
بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظراً لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأتون
من بعد والخراج وان قل حالاً فقد جل مآلاً لدوامه وان منّ عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج
عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه
دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احراراً ذمة للمسلمين لما بينا الا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى
ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه
وله ان يسترقهم توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد

والجزية وتلا عمر رض هذه الآية ولم يخالفه احد الا نفر يسير كبلال وسلمان نقل عن ابي هريرة رض فدعا عمر رض على المنبر فقال اللهم اكفني بلالاً واصحابه قال
في المبسوط فلم يحدوا وندموا ورجعوا الى رأيه بل على ان قسمة الاراضي ليس حتماً ان مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها
لهذا ذهب مالك الى ان بمجرد الفتح تصير الارض وقفاً للمسلمين وهو ادرى بالاخبار والآثار وعواهم ان مكة فتحت صلحاً لا دليل عليها بل
على نقيضها الا ترى انه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلوة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو آمن ومن اغلق بابه عليه فهو آمن ولو كان صلحاً
لامنوا كلهم به بلا حاجة الى ذلك ولما ثبت من اجازة ام هانی من اجارته ومدافعتها علياً عن قتله وامره عليه الصلوة والسلام بقتل
ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر من هذا كله قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات
والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان احد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله اذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله
بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك قوله وفي العقار خلافاً للشافعي رح فعنده يقسم الكل لان في المن بالارض ابطال
حق الغانمين على قولكم او ملكهم على قوله فلا يجوز للامام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة الى رقبة الارض بخلاف
الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه من فعل عمر رض مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعاً فان قيل لا ينعقد
الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل ان عمر رض دعا عليهم ولو سوغوا لم ذلك لما دعا على المخالف ولان فيه
نظراً للمسلمين لانهم يصيرون كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى مع انه يحظى
به الذين يأتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالاً فقد جل مآلاً فربما يحصل منه على طول الزمان اضعاف
قيمة الارض قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم يعني اذا لم يسلموا لانه عليه الصلوة والسلام قد قتل من الاسرى اذ لا شك في قتله
عقبة بن ابي معيط من اسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه اخته قتيلة الابيات التي منها ۞ يا راكباً ان الاثيل مظنة ۞ من
صبح خامسة وانت موفق ۞ ابلغ بها ميتاً بان تحية ۞ ما ان تزال بها الركائب تخفق ۞ مني اليك وعبرة مسفوحة ۞ جادت بواكفها
واخرى تخنق ۞ الابيات لطعيمة بن عدي وهو اخو المطعم بن عدي واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو
عليه الصلوة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حياً لشفعته في هؤلاء النتنى ولان في قتلهم حسم مادة الفساد الكائن منهم بالكلية
وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة ان يقتل اسيراً بنفسه لان الرأي فيه الى الامام
فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقهم فليس له ان يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بان خاف القاتل شر الاسير كان له ان يعزره اذا وقع
على خلاف مقصوده لكن لا يضمن بقتله شيئاً وان شاء تركهم احراراً ذمة للمسلمين لما بينا من ان عمر رض فعل ذلك في اهل السواد قوله الا مشركي العرب
والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاسارى وتحقق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حرباً على ما نبين ان شاء الله تعالى في باب
الجزية من انه لا يقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل اما الاسلام واما السيف فان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم لان الغرض من قتلهم دفع
شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك
وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لا يسترقون ويكونون احراراً لانه اسلام قبل

ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعى رحمه الله لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفادات بمال يأخذ منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا وفى السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير فى ايدينا لا يفادى بمسلم اسير فى ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه **قال** ولا يجوز المن عليهم اى على الاسارى خلافا للشافعى رحمه الله فانه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر يثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا

النقاد سبب الملك فيهم **قوله** ولا يفادى بالاسارى عند ابى حنيفة هذا احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدورى وصاحب الهداية وعن ابى حنيفة انه يفادى بهم كقول ابى يوسف ومحمد والشافعى ومالك واحمد الا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع احمد المفاداة بصبيانهم وهذه رواية السير الكبير قيل وهو اظهر الروايتين عن ابى حنيفة وقال ابو يوسف تجوز المفاداة بالاسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه رواية الكتاب ما ذكران فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابته خير من استنقاذ المسلم لانه اذا بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه فقط والضرر بدفع اسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين ووجه الرواية الموافقة لقول العامة ان تخليص المسلم اولى من قتل الكافر للانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذى يعود الينا بدفعه اليهم يدفعه ظاهر المسلم الذى يخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافئان ثم تبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرج مسلم فى صحيحه وابو داود والترمذى عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين واخرج مسلم ايضا عن اياس بن سلمة بن الاكوع عن ابيه خرجنا مع ابى بكر وامره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال لى يا سلمة هب لى المرأة لله ابوك اعنى التى كان ابو بكر نفلنى اياها فقلت هى لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة الا ان هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء فينبغى ان لا يقولوا اما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا وفى السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر اذ لا شك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم اذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال وقد انزل الله تعالى فى شان تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى ما كان لنبى ان يكون له اسرى حتى يثخن فى الارض اى يقتل اعداء الله فيثخن الامر فيهم منها تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو ان لا يعذب احدا قبل النهى ولم يكن نهاهم لمسكم فيما اخذتم من الغنائم والاسارى عذاب عظيم ثم احلها لهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا اى الجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك انه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفى رده تكسير المحاربين لاجل غرض دنيوى وفى الكشاف وغيره ان عمر رضى الله عنه كان اشار بقتلهم وابو بكر رضى الله عنه باخذ الفداء تقويا ورجاء ان يسلموا قال وروى انهم لما اخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضى الله عنه عليه عليه الصلوة والسلام فاذا هو وابو بكر يبكيان فسال فقال ابكى على اصحابك فى اخذهم الفداء لقد عرض على عذابهم ادنى من هذه الشجرة قال وروى انه عليه الصلوة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجى منه الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان فى القتل احب الى والله اعلم بذلك **قوله** ولو اسلم الاسير وهو فى ايدينا لا يفادى به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار بمسلم آخر **قوله** ولا يجوز المن على الاسارى وهو ان يطلقهم الى بلد الحرب بغير شىء خلافا للشافعى اذا رأى الامام ذلك كقولنا قال مالك واحمد وجه قول الشافعى قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه الصلوة والسلام من على جماعة من اسارى بدر منهم العاص بن ابى الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وابو داود من طريقه الى عائشة رضى

واذا اراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لماكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم

لما بعث اهل مكة في فداء اسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء ابي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة ادخلتها بها على ابي العاص حين بنى عليها فلما رآها النبي صلى الله عليه وسلم رق لها رقة شديدة وقال لاصحابه ان رأيتم ان تطلقوا لها اسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا ففعلوا رواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد اخذ عليهم ان تخلي زينب له ففعل وذكر ابن اسحق ممن من عليه المطلب بن حنطب اسره ابو ايوب الانصاري فخلى سبيله وابو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه واخذ عليه ان لا يظاهر عليه احدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بابيات ثم قدم مع المشركين في احد فاسر فقال يا رسول الله اقلني فقال عليه الصلوة والسلام لا تمسح عارضيك بمكة بعدها تقول خدعت محمدا مرتين ثم امر بضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري من قوله عليه الصلوة والسلام في اسارى بدر لو كان المطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لان لو لامتناع الشيء لامتناع غيره يعني فيفيد امتناع المن ولا يخفى على من له ادنى بصر بالكلام ان التركيب اخبار بانه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب فهو بان يكون المن جائزا فقد اخبر بانه لطلقهم لو سأله اياهم والصادق لا يخبر بوقوع ما علق عليه ما ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب واجاب الكرماني بانه منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشان وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ان ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيهم فعلم ان القتل المامور به في غيرهم قوله (واذا اراد الامام العود ومعه مواشي) من مواشي اهل الحرب فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم احرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن ابي طالب فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي ان ينال المشركون فرسه فلم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال او كان قبل نسخ المثلة او علمه بها ولا يتركها لهم وقال الشافعي واحمد يتركها لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لماكلة قلت هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلوة والسلام نعم روي من قول ابي بكر نفسه رواه مالك في موطاه عن يحيى بن سعيد ان ابا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن ابي سفيان فقال اني اوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امراة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لماكلة ولا تحرقن ولا تخربن عامرا ولا تغرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا افتتح الفتح وصيرورة البلاد دار الاسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث ابي بكر رضي الله عنه فاعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم انه اذا كان كذلك فلا يحرق ولا يخرب لانه اتلاف مال المسلمين الا ترى الى قوله ولا تحرق وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلوة والسلام غر على ابنى صباحا ثم حرق بقي مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم وتعريضهم على الهلكة والموت وانما يحرق لتقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكريم بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وفيه احاديث كثيرة منها حديث البخاري عن ابي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله رواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن عبد القيس وطوله البيهقي وذكر ان السبب انهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلوة حتى القت ما في بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخاري ايضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين اتي بهم

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي رح لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر

فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند ام الدرداء فاخذت برغوثا فرميته في النار فقالت سمعت ابا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا وتحريق الاسلحة ايضا وما لا يحرق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في ارض خامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو اشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا اسارى بعد الاستيلاء وقد اوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالاسارى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه ابن وهب اخي بني عبد الدار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقبل بالاسارى فرقهم بين اصحابه وقال استوصوا بالاسارى خيرا فقال ابو عزيز مر بي اخي مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرني فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت في رهط من الانصار حين اقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز واكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحني بها قال فاستحيي فاردها على احدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز ان يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا للضرورة والله اعلم **قوله** ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام فان قسمها نفذ وقال الشافعي لا بأس بذلك اذا انهزم الكفار وعن ابي يوسف الاحب الي ان لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي وهذا اذا لم يكن مع الامام حمولة يحملها عليها في دار الحرب واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت بالهزيمة ويلزمه ان قسمة الامام هناك لا يفيد ملكا الا ان كان عن اجتهاد فانه امضى القضاء في فصل مجتهد فيه او كان لحاجة فان الحاجة مواضعها مستثناة وحاصل الخلاف ان الملك يثبت للغانم باحد امرين اما بالقسمة حيث كان او باختيار الغانم التملك ليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة وعندنا لا يثبت الا بالقسمة في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو اعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعضه لعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك ويخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه ثبت نسبه عنده لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختيار التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة اخذها الا اخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يجد لثبوته سبب الملك فتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين كذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل قسمة عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بجهة قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان لولاية التملك فتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات او العرافة فوقعت جارية بين اهل راية صح استيلاد احدهم لها فانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين اهل تلك الراية شركة ملك وعتق احد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى يكون الشركة خاصة اما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا يثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة او اقل وقيل اربعون وفيه اقوال اخر قال في المبسوط والاولى ان لا يتوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام للغنيمة يجوز عندهم لا عندنا بنى على ذلك ومنها لو مات بعض الغزاة او قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده فيما

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

على التاكيد بالهزيمة حتى صح الملك وقال التاكيد يكفي للارث الا ترى انا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسمة للتاكد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط ويستدل على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما اتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية ان منعوا الثاني لم يمنعوا الاول ومنه لحوق المدد في دار الحرب قبل القسمة شارك عندنا لا عنده للتاكد وعنده لما وجبت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لاحق التملك لهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا ارباب الاموال اذا اسلموا بعد اخذها قبل الاحراز لا يملكون شيئا منها بل هي من جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق لسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومنها اذا لم يوخذوا وكان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعض الاحراز بدار الاسلام يتاكد حق الملك ليستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة مع ما في المبسوط حيث قال واما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتاكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب ويتم بالملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض ووجه المعقول للشافعي بان سبب الملك تم بالهزيمة لان بها تحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع ان السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة اي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وادخالا وهذا ينتفي عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها ازعاجا من القهر بدليل ان له ان يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان ظاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاؤه من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب كذا المراة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص بقوله عليه الصلوة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان ذلك يثبت على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المومنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حدود الاسلام لان مكة فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجرى احكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار الاسلام باجراء الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على ان الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة هل توجب الملك في دار الحرب امكنك ان تجعل الدليل من الجانبين على ذلك تقريره للشافعي انه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا يفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم ان القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد او اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز اما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام

قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذا اذا لم يقاتل لمرض او لغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال هو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

واما الحديث الذي ذكره وهو انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في ان الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الاحراز او في كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطى ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في امر الحرب وربما يتفرقون وربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف هي كراهة تنزيه عند محمد فالافضل ان لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام والافعال المتوقعة في الآثار المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة خلافه او البطلان والكراهة اولى فحمل عليه للتيقن قيل ونقل الخلاف هكذا وان كان في المبسوط غير جيد لانه لم يعرف خلاف منهم الا ما يروى عن ابي يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعة مصرحة بعدم [illegible] القسمة قبل الاحراز مثل ما سياتي ان من مات من الغانمين [illegible] لا يورث [illegible] الغنيمة وانه لا يباع من ذلك [illegible] شيء [illegible] تفصيل [illegible] وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة يقول لان دليل البطلان اي بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا انه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز [illegible] الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام مبتوت عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح ان كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكونه لا مخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه والا فكل خلافية من المسائل كذلك اذا لزم حكم البطلان فما موجب ثبات الكراهة والمحقق في سور الهرة لعدم تمحيضها النجاسة لان دليل الحرمة اللحم الموجب لنجاسة السور عارضه شدة المخالطة ورجح عليها فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه الى دليل هو شدة المخالطة ودليل الطهارة فقط فبقي الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة اما اذا تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوها قسمها في دار الحرب **قوله** والردء اي العون والمقاتل اي المباشر للقتال مع الكفار وكذا امير العسكر سواء في الغنيمة لا تمييز واحد منهم على آخر بشيء وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وسنبين [illegible] ان شاء الله تعالى **قوله** واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركهم اي المدد فيها وعن الشافعي فيه قولان وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من ان الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز ان يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد الا بثلاثة امور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد وهذا على ما حققناه للمبنى تاكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن ابي هريرة رض بعث عليه الصلوة والسلام ابانا على سرية قبل نجد فقدم ابان واصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيبر بعدما فتحها الى ان قال فلم يقسم لهم لا دليل فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لان خيبر صارت دار الاسلام بمجرد فتحها فكان قد وسم الغنيمة في دار الاسلام واما اسهامه لابي موسى الاشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه انا واخوان لي انا اصغرهم احدهما ابو بردة والآخر ابو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشي فوافقنا جعفر بن ابي طالب واصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وامرنا بالاقامة فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فتح خيبر

قال ولاحق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق [illegible]

قال واذا لم يكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص قال ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رح وقد عرفنا الاصل ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه

فاسهم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا اصحاب سفينتنا فقال ابن حبان انما اعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن الا ترى انه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على انهم شهدوا قبل جواز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز او بعده كونه بعد الفتح **قوله** ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة لا سهم ولا رضخ الا ان يقاتلوا فح يستحقون السهم وبه قال مالك واحمد وللشافعي قولان احدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعي رح بما روي عنه عم انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة والصحيح انه موقوف على عمر كما ذكر المص ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع انا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق عن ابن شهاب ان اهل البصرة غزوا نهاوند فامدهم اهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رض فظهروا فاراد اهل البصرة ان لا يسهموا لاهل الكوفة فقال رجل من بني تميم ايها العبد الاجدع تريد ان تشاركنا في غنائمنا وكانت اذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير اذني سببت ثم كتب الى عمر رض فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال وهو صحيح من قول عمر رض واخرج ابن عدي عن علي رض الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخي من مشايخنا وعلى قول الآخرين تاويله ان يشهد على قصد القتال والوقعة هي القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف باحد امرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذي تنبني عليه الاحكام واما بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقي وسائس الدواب فان خروجه ظاهر لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر ان قصده غير انه ضم اليه شيئا آخر كالتجارة في الحج لا ينقص به ثواب حجه وعلى كون السبب ما قلنا فرع ما لو اسر في دار الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل ان يخرجوا شاركهم فيها وفي كل ما يصيبونه وان لم يلقوا قتالا بعد ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد اصابوا غنائم لا يشاركهم الا ان يلقوا قتالا بعد فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم لما كان قصده من اللحوق بهم الفرار فلا يستحق الا ان يقاتلوا فيقاتل معهم لانه ح تبين انه قصد باللحاق بهم القتال وكذا من اسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شيء لهم **قوله** واذا لم يكن للامام حمولة لفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره ويقسمها بينهم فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فيكون هذا القسمة بالاجتهاد فتصح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام ويستردها ويقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك في السير الصغير لا يكرههم لانه [illegible] بمال الغير لا [illegible] نفسه [illegible] في دار الاسلام [illegible] رفيقه [illegible] ان يحمل عليها كرها باجر المثل ابتداء [illegible] [illegible] اذا انقضت [illegible] والسفينة في وسط البحر في البحر فانه [illegible] اجارة باجر المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر [illegible] لان منفعتهم راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه انه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف [illegible] قسمة الغنيمة في دار الحرب فانه يصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة قوله في المختصر اي القدوري **قوله** ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب لعدم الملك بقوته وقد بينا الاصل فيه وهذا في بيع الغزاة ظاهر واما بيع الامام لها فذكر الطحاوي انه يصح لانه مجتهد فيه يعني انه لا بد ان يكون للامام راي المصلحة في ذلك واقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس او عن البهائم ونحوه تخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة جزافا فلا تقع فينعقد بلا كراهة مطلقا **قوله** ومن مات من الغانمين الخ تقدم تفريعها على عدم الملك قبل دار الاسلام

قال ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال العبد الضعيف [illegible] من لم يقيد بالحاجة [illegible] ولم يشترطها في الأخرى [illegible] وجه [illegible]
بين الغانمين [illegible] الاشتراك [illegible] إلا للحاجة [illegible] في الثياب [illegible] وجه الأخرى قوله عليه [illegible]
[illegible]
وقد [illegible]
الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة إلى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من سلاح [illegible] فاستعمال [illegible]
لم [illegible] وقد بيناه ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وإنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا
يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع
فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه
أولى وهذا لأن حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في
الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وإن احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه من فضول الحوائج

وهو المراد بقوله وقد بيناه **قوله** ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام علف الدابة علفا من باب ضرب فهو معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود إما ما يؤكل أولا وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أولا فالثاني ليس استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك لا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم بعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنيمة إذا انقضى الحرب وكذا الثوب إذا أخره البرد يستعمله ثم يرده إذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها ولم يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المصنف لأن الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لأنه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم إلى دار الإسلام مشاة فإن لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعني بالأجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة إلى المفضول وقال عليه الصلاة والسلام أدوا الخيط والمخيط ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والخبز والزيت والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والأدهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الأكل والادهان بتلك الأدهان لأن الادهان انتفاع في البدن كالأكل ويوقحوا الدواب بها وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن إذا حفي من كثرة المشي والراء في ترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الأصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الإصلاح قال بهذا قرأنا على المشائخ وفي الجمهرة رقح عيشه ترقيحا إذا أصلحه وأنشد يكسب ترقيح من عيشته يعيش فيه همج هامج والهمج من الناس الذي لا نظام لهم فالترقيح أعم من التوقيح وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد إلى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الأئمة الثلاثة فيجوز لكل من الغني والفقير تناوله إلا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذين دخلوا معه وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لأن نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذه لأجله ولأن دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الأسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو السلاح والثياب فيناط بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي أنبأنا علي بن محمد بن بشران أنبأنا أبو جعفر الرازي ثنا أحمد بن حنبل ثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس عن عبد الرحمن الأشجعي عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا أخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الإطلاق يوافق رواية السير الكبير وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبي أوفى أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف. وأخرج البيهقي عن هانئ بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر رضي الله عنه إنا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشيء من ذلك إلا بأمرك فكتب إليه دعهم يعلفون

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح الآخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف رح الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت

ويعلفون فمن باع شيا بذهب او فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه فان باعه احد ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقا قوله ومن اسلم منهم هنا اربع مسائل احدها اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من انه احرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى اخرها والثانية اسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فيء الا اولاده الصغار لانه حين اسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما اودع مسلما او ذميا فليس فيئا لان يده يد صحيحة عليه وكذلك المال فيما فيه احرازا للمسلم فيرد عليه وما اودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن ابي حنيفة انه لابد يده حاصلة يده وفيه الخ ... من الاموال ... حتى لا يمتنع اغتنام المسلمين عن اموالهما والثالثة مستامن اسلم في دار الاسلام ثم ظهر على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد والصغار والمال فيء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فما خلفه ورثة ... الاستيلاء على الحصون اما في غير الاولاد فظاهر واما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال فزالت عصمتها والرابعة المسلم او الذمي اذا دخل دار الحرب بامان فاشترى منهم اموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فيء لان يده ... حكمية ... الى المسلمين ... ما الا الارضون فالوجه فيها ما سنذكره من قاتل من عبيده فيء وامراته ... الحربية وما في بطنها فيء وعصبه ولو عند حربي له لانه ما دام في دار الحرب فيده عليها ولنات الى مسئلة الكتاب قال ومن اسلم منهم الخ قال معناه في دار الحرب قيد به احترازا عما لو اسلم مستامن في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها فيء على ما ذكرناه وبعد ذلك اعم من كونه خرج الينا او لم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من ان الذي خرج فظهر على الدار عنده لا يحوز بجميعه فلابد من تقييده لكل من كونه في دار الحرب كونه لم يخرج حتى ظهر على الدار حتى يحوز نفسه واولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا له قال بالنصب عطفا على نفسه من نفذ وصبيد واما لم تقاتلوا لقوله عليه الصلوة والسلام من اسلم على مال فهو له قال محمد ثنا الفقه ثنا ابن لهيعة قال ثنا ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له احسن من خرج السند سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى ابو داود عن ابان بن عبد الله بن ابي حازم عن ابيه عن جده صخر بن العيلة انه عليه الصلوة والسلام غزا ثقيفا فساق الى ان قال فدعاه اي دعا صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم ثم ساق الى ان قال وسال نبي الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فانزله اياه واسلم يعني السلميين وساقه الى ان قال فقالوا يا رسول الله اسلمنا واتينا صخرا ليدفع الينا ماءنا فابى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم فادفع الى القوم ماءهم وابان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم يليها ياء مثناة من تحت ويقال ابن ابي العيلة ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قوله او وديعة او دعها في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة غصب وديعة ويده اي يد المودع كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وماله من زرع قبل ان يحصد لانه تبع للارض وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول ولم يذكر ...

وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إنه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق
برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لأنه حر لانعدام الجزئية عند ذلك وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده
فيء لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لأهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة
وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكره الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح
الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالإسلام فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس
لم تصر معصومة بالإسلام ألا ترى أنها ليست بمتقومة إلا أنه محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفا وإباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع
بالإسلام بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة

في شرح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال وقيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول
هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت وحكى شمس الأئمة على خلاف هذا فقال فأما عقاره فهو فيء
في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف استحسن فأجعل عقاره له لأنه ملك محترم له كالمنقول انتهى وحكى غيره أن عندهما لا يصير فيئا وعند أبي حنيفة
هو فيء ووجه ما ذكره المصنف بقوله ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست
دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لأنها جعلت شرعا سالبة
لما في أيديهم فظاهر وما ذكرناه من حديث أبان لا يشهد لكونه غير فيء فإنه قال بعض منهم ما هم إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالا والمراد
من المال الأرض التي فيها الماء لا النفس لما يخصوصه الأثر إلى قوله اتركني فأنزل إياه والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام فإذا قالوها عصموا
مني دماءهم وأموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعف أبانا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء وهو زوال لازم لأجله قال وزوجته
فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام وكذا حملها فيء وإن حكم بإسلامه تبعا لخير الأبوين دينا خلافا للشافعي هو يقول إنه مسلم كالمنفصل ولنا
أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره كما لو تزوج أمة الغير يكون أولاده مسلمين أرقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار
فيء لأنهم كفار حربيون لا يتبعونه في الإسلام ولا خلاف في هذا ومن قاتل من عبيده فهو فيء خلافا للأئمة الثلاثة والظاهر معهم لأنه لم يخرج
عن كونه مالا ولأصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لأهل دارهم فانقطعت النسبة بالمالية
إلى مولاه لأن كمال معنى المالية بالملك واليد وعن هذا قلنا ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء لارتفاع يده بالغصب واليد التي
خلفت ليست صحيحة ولا محترمة لأن الحربي الغاصب ملكه بالغصب لأن دار الحرب دار القهر والغلبة قال الفقيه أبو الليث وكذا إذا كان
وديعة عند حربي عنده خلافا للأئمة الثلاثة في الفصلين لإطلاق الحديث ولأبي يوسف ومحمد في فصل الوديعة أن يد المودع كيده ولو كانت
في يده حقيقة لا يكون فيئا فكذا إذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لأنه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولأبي حنيفة أن يد الحربي ليست
محترمة ألا ترى أنها لا تدفع يد الغانمين عن ماله فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب
أن تعمل عمل الأصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء في رفع الحدث فيكون المال
معصوما بعصمة صاحبه أجيب بوجهين أحدهما أن المال في الأصل غير معصوم بل على الإباحة وإنما ينعصم تبعا لعصمة المالك وتبعيته لليد
إنما تثبت إذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما انتفت هنا وهذا لأنه قد يجتمع فيه عدم الاحترام بل الحكمية تحريه غير الحقيقية
هي يد الحربي الحقيقية الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم إن أوجب العصمة فالحقيقي ينفيها
والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ورد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت في حين أسلم للإجماع على ثبوت ملكه
حال كونه في يد الحربي والنص أوجب في ملكه العصمة بالإسلام وأما ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فقال المصنف هو فيء عند أبي حنيفة خلافا لهما
وقال هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيئا إلى
أن قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية إنه تتبع النسخ والصحيح منها

واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت ولان الاباحة باعتبار الحاجة ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص لنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول استثنى الخمس

ان لقائل ما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو في عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا الا في رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة وكذا ذكر في المحيط ولم يذكر فيها قول ابي يوسف مع محمد الا ان فخر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي او غصبا عند مسلم او ذمي فهو فيء في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون فيئا وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي وغيرهما لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل معه بسبب انه آدمي مكرم به فانما هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا محل الامانة واباحة التعرض كان لعارض شره فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك في الاصل وليست في يده في حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد احد فلم تثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم او الذمي وديعة فانه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيئا وما تقدم من ان الملك تم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره ابو الليث يقتضي ان يزول ملكه الى المسلم بل الغاصب وح لا يكون مباحا اللهم الا ان يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد وقوله وليست في يده حكما انت على تأويل الاموال **فرع** اسر العدو عبدا ثم اسلموا فهو لهم لانه مال اسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية او اتلف متاعا يلزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لان حق ولي الجناية في رقبته فلا يبقى بعد زوال ملك المولى الا ترى انه لو زال ملكه بالبيع او الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية واما الدين ففي ذمته فلا تبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لماليته فانما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم او اصابه المسلمون في غنيمة اي ولم يسلم مولاه فاخذه المولى بالقيمة او الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال **قوله** واذا اخرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة التي كانت في دار الحرب انما كانت باعتبارها ولان الحق تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام او علف يرده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسمة الغنيمة في دار الحرب لشرطه وهو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز يرد قيمته وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل والاثنان الى دار الحرب اذا اخذ شيئا فاخرجه يختص به قلنا ما تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه ذا كان احق قبل الاخراج وبعده واما بعد القسمة فيتصدقون بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كانوا باعوه هذا اذا كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لتفرقهم وان كانوا انتفعوا فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الاحراز تتصدق بها الغني لا الفقير

فصل في كيفية القسمة قيل لما بين احكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى ان من احكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما افرده بفصل على حدة لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام والقسمة جعل النصيب [illegible] **قوله** ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها اي من القسمة بين الغانمين ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين هذا قول القدوري وقال المصنف لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي لما لم يخرج الخمس من ان يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشيء زويته لتقضي فهذا يرجع الى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس اخل في قسمة اذ حاصل بيان قسمتها هو ان يعطي خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل

ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابی حنيفة وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعی لما روی ابن عمر رضـ ان النبی عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابی حنيفة ما روی ابن عباس ان النبی عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم

على ما سياتی ويعطی الاربعة الاخماس للغانمين فعند ابی حنيفة وزفر للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعی واحمد واكثر اهل العلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم لما روی عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاری واخرجه الستة الا النسائی وفی مسلم عنه قسم فی النفل للفرس سهمين وللرجل سهما وفی رواية باسقاط لفظ النفل وفی رواية اسهم للرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من اول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل فی بعض الالفاظ القائلة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجالة الفا واربعماية والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله ولان الاستحقاق بالغناء وهو بالمدد والشيخ الاجزاء والكفاية وغناء الفارس الكر اى الحمل على الاعداء والفر الكائن للكرة وللتمارة فی موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم انه مقتول ان لم يفر كيلا يرتكب المنهی عنه فی قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة والثبات وليس للراجل الا الثبات فاغنى فی ثلاثة امور والراجل فی واحد منها واستدل المصنف لابی حنيفة بحديث ابن عباس انه عم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذی رواه اسحق بن راهويه فی مسنده قال حدثنا محمد بن الفضيل بن غزوان ثنا الحجاج عن ابی صالح عن ابن عباس قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه ايضا من طريق ابن ابی ليلى عن الحكم عن ابن عباس نحوه فی حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن فی هذا احاديث منها ما فی ابی داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاری قال قال سمعت ابی يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاری عن عمه مجمع بن جارية الانصاری وكان احد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحی الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبی صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرا عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم والذی نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسماية فيهم ثلاثماية فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما قال ابو داود وهذا وهم انما كانوا مائتی فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعنی صاحبه سهما وقال الشافعی انما قال فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعنی صاحبه فغلط الراوی عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب والد مجمع الراوی عنه فتضعيفه ومنها ما فی معجم الطبرانی عن المقداد بن عمرو رضـ انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبی صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم فی سنده الواقدی واخرج الواقدی ايضا فی المغازی عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بنی قريظة فارسا فضرب لی سهم وللفرس سهم واخرج ابن مردويه فی تفسيره ثنا محمد بن محمد السری ثنا المنذر بن محمد ثنی ابی ثنا يحيى بن محمد بن هانی عن محمد بن اسحق قال ثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رضـ قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بنی المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر رضـ الذی عارض به المصنف رواه ابن ابی شيبة فی مصنفه ثنا ابو اسامة وابن نمير قالا ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهى ومن طريقه رواه الدارقطنی وقال قال ابو بكر النيسابوری هذا عندی وهم من ابن ابی شيبة لان احمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابی اسامة خلاف هذا يعنی انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم ثنا ابن المبارك عن عبيد الله

وقد روى عن ابن عمر رض ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك ان فيهما سقطا وابن المبارك من اثبت الناس واخرجه ايضا عن يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرني عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن ابي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس او الفرس ثم اخرجه عن حجاج بن منهال ثنا حماد بن سلمة ثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد وروى حديث عبيد الله متعارضا كما ترى لكن رواية البيهقي عنه اثبت وروى الدارقطني ايضا في كتابه المؤتلف والمختلف ثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن ابي رواية قالا ثنا احمد بن عبد الجبار ثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن امين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر في فعله عليه الصلوة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر ايضا ترجح النفي بالاصل وهو عدم الوجوب بالمعنى وهو ان الكر والفر جنس واحد والثبات جنس احدهما فيهما اثنان للفارس وللراجل احدهما فله ضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بالزيادة في الغناء مضروبة واذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لان كم من راجل نفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة اغناء راجل عن فارس فانما يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان في الغناء بنفسه وفرسه وللراجل بنفسه فقط فكان على النصف وقول المصنف واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره يريد ابن عباس وقد علمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو اصح قلنا قدمنا غير مرة ان كون الحديث في كتاب البخاري اصح من حديث آخر في غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح او رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع ان الجمع وان كان احدهما اقوى من الآخر اولى من ابطال احدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما اولى من اعمال احدهما بعد كون سند اصحهما على ذكر من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه واما قوله لتعارض فعلاه فرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف ومخطي من عزاه لابن ابي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله تعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله ليعلم ما تقدم هناك من انه يفيد ان المصير الى الفعل اذا تعذر التمسك به يصار الى القول وليس كذلك هذا واعلم ان مخارج الحديث الثلاثة اكثر فانه روى من حديث ابن عمر واخرجه ابو داود من حديث ابن ابي عمرة عن ابيه والطبراني من حديث ابي رهم وهو مختلف في صحته واخرجه ايضا من حديث ابي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد واخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وابو عبيدة القاسم بن سلام واخرجه احمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير واخرجه الدارقطني ايضا من حديث جابر واخرجه ايضا من حديث ابي هريرة واخرجه ايضا من حديث سهل بن ابي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال تعطي الايناس بقول ابي حنيفة لانك قد علمت ان وقائع الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابن عمرة اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعة نفر ومعنا فرس الخ وكذا احاديث احمد انه عليه الصلوة والسلام اعطى الزبير سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس ثلاثة اسهم واعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في انه ليس امره المستمر والا لقال كان عليه الصلوة والسلام يقضي عليه الصلوة والسلام نحوه فلما قال غزاة فقد علم انه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في ان غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني

ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رحه يسهم لفرسين لما روى ان النبى عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فلا يسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

الحديث الزبير اعطانى يوم بدر وفى رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا ينافى اذا جاز كونه قسم له ذلك فيهما واما فى حديث سهل بن ابى خيثمة فحديثنا فاسهم لفرسه سهمين وله سهما وفى حديث عبد الله بن ابى بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق فى غزوة قريظة انه عليه الصلوة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضى ان ذلك مستمر منه عليه الصلوة والسلام وقد بقى حديث بنى المصطلق عن عائشة رضه وتقدم ما يعارض حديث بنى قريظة واما حديث ابى كبشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال انى جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لان رواية محمد بن عمران القيسى اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه **قوله** ولا يسهم الا لفرس واحد اذا دخل دار الحرب بفرسين او اكثر وهذا قول مالك والشافعى رحه وقال ابو يوسف رحه وهو قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف فى ظاهر الرواية عن ابى يوسف رحه وانما هو فى رواية الاملاء عنه فاستدل المصنف لذلك بما روى انه عم اسهم لفرسين وهذا روى من حديث ابى عمرة رضه بشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسى اربعة اسهم ولى سهما فاخذت خمسة اسهم رواه الدارقطنى ومن حديث الزبير اخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمى اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير رضه حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبى صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعى عن مكحول منقطعا وقال به قال الشافعى رحه فى دفعه وهشام اثبت فى حديث ابيه الى ان قال واهل المغازى لم يرووا انه عليه الصلوة والسلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه عليه الصلوة والسلام حضر خيبر بثلاثة افراس السكب والظرب والمرتجز ولم ياخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم من هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضه قال اعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسى وسهما لى وسهما لامى من ذوى القربى ومن رواية هشام بن عروة ايضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا احسن الا ان قول اهل المغازى لم يرووا انه اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدى فى المغازى ثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير رضه يوم خيبر فرسان فاسهم له النبى صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وقال ايضا حدثنى يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن ابى صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب ان النبى صلى الله عليه وسلم قاد فى خيبر ثلاثة افراس لزاز والظرب والسكب وقاد الزبير بن العوام افراسا وقاد خراش بن الصمت فرسين وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصارى فرسين فاسهم عليه الصلوة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد واثبت ذلك انه اسهم لفرس واحد ولم يسمع انه صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدى مع اختصاره وقال سعيد بن منصور ثنا فرج بن فضالة ثنا محمد بن الوليد الزبيدى عن الزهرى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى ابى عبيدة بن الجراح ان اسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة اسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد ايضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين واما ما ذكره المصنف عن البراء بن اوس انه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه مما ذكرنا عن الواقدى رحمه الله وذكرناه ابن منده فى كتاب الصحابة قال روى محمد بن عمر عن محمد بن عمرو المدنى عن يعقوب بن محمد رحمه

والبرذون والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والكر اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رح على عكسه في الفصلين وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر يعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا كان او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق

ابن جعفر عن عبد الرحمن بن اوس انه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة اسهم الا ان هذا غريب قال مالك في الموطا لم اسمع بالقسم الا لفرس واحد وهو المستمر على طريقة حمل الزائد على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله الى ان قال فلما اصبحنا قال رسول الله خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم اعطاني سهمين سهم للفارس وسهم للراجل فجمعهما لي جميعا ورواه ابن حبان وقال كان سلمة بن الاكوع في تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسه عليه الصلوة والسلام لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقاح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثنا به سفيان فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندي اولى من حمله على انه اعطاه من سهم والا لم يسهم لغيره ممن قاتل معه قبل ثمه خير سلمة واللقاح مفصل في السيرة **قوله** والبرذون وهي خيل العجم واحدها برذون والعتاق جمع عتيق وهي كرام الخيل العربية هما سواء في القسم فلا يفضل احدهما على الاخر وكذا الا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون ابوه من البراذين وامه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من اهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا شاذا وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من ان اطلاق الخيل يشملها وكذا الارهاب لان في كل خصوصية ليست في الاخرى والعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه الين عطفا من العربي غير صحيح لان هذا دائر مع التعليم والعربي اقبل للادب من العجمي من الخيل وكون احد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن ان يكون ذكره لما نقل عن عمر انه فضل اصحاب الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني ابو عبيدة قال كتب امير المؤمنين عمر بن الخطاب الى سلمان بن ابي ربيعة الباهلي وهو بارمينية يامره ان يفضل اصحاب الخيل العراب على اصحاب الخيل المقارف في العطاء فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدي كرب فقال سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو فقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس فتوعده فقال عمرو

اتوعدني كانك ذو رعين … بافضل عيشة او ذو نواس
وكائن كان قبلك من نعيم … وملك ثابت في الناس راسي
قديم عهده من عهد عاد … عظيم قاهر الجبروت قاسي
فامسى اهله بادوا وامسى … يحول من اناس في اناس

قوله ومن دخل دار الحرب فنفق فرسه اي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى في دار الحرب فرسا فقاتل فارسا عليه استحق سهم راجل وجواب الشافعي رح على عكسه في الفصلين وكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن ابي حنيفة رح اي فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه ان له سهم فارس وظاهر المذهب الاول والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب هو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب وعنده حال الحرب لان السبب في استحقاق الغنيمة اذا وجدت هو القتال فيعتبر حال الشخص المستحق عنده دون المجاوزة لانها انما هي وسيلة الى السبب اي علة الحقيقة كالخروج من البيت لقصد القتال في دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحال الخارج عنده لذلك بالاتفاق لا يعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على ان المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجعة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبي او العبد وغيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة فانه غير متعذر ولو تعذر او تعسر فشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال من المجاوزة ولنا ان المجاوزة نفسها من القتال لانه يلحقهم الخوف بها والاغاظة والحال بعدها حال بقاء القتال لانه تنوع القتال الى المجاوزة الى دفعهم وسلكوا قهرا بالمنعة لا بالكم والى حقيقة المسايفة ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة لا يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر

ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام

القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال شغل شاغل لكل احد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه او بشهادة العدل بكل فرد فيسقط اعتباره بخلافه في حق افراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فاديره في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة واما القبل في التعذر بان الشهادة من اهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على ان هذا قاتل فارسا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا لانه ينقص سهم نفسه فهو عليه لنفسه اولا الضرر وشركته في اصل المغنم ليست متوقفة على شهادة هذه الا ترى الى ما في الحديث من قول ابي قتادة من يشهد لي فجاز عليه الصلوة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ولا بينة الا اهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلوة والسلام لو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان او الشجرة او لانه في سفينة ودخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى برهم فلا قوهم قبله فاقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه او آجره او رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة بالفرس القتال عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس بالاتفاق وكذا اذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض قال المصنف الاصح انه يسقط لانه ظهر ان قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فبيعه فيها دليل على انه عزا غرض الا ان فيه امالانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم ادبه او غير ذلك لان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظار الحالة للرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبر او ضعف او صغر انه لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب او مستعار او مستاجر ثم استرده المالك فشهد للوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بالفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى الا ان يراد في اجزاء السبب بفرس مملوك فهو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا قوله ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم ويعطون قليلا من كثير فان الرضخة في الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه على حسب ما يرى الامام وسواء قاتل العبد باذن سيده او بغير اذنه والمكاتب كالعبد لما ذكر في الكتاب فقد استدل المصنف بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم الخ اخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه ان ليس لهما شيء الا ان يحذيا وفي ابي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا كتبت كتاب ابن عباس الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن واخرج ابو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى ابي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي الى ان قال فاخبر اني مملوك فامر لي بشيء من خرثي المتاع واما ما في ابي داود والنسائي عن حشرج بن زياد عن جدته ام ابيه انها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا في وجهه الغضب فقال مع من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله

لما روي انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد لكن كان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم

ومعنى دوا للجرحى وتناول السهام وتسقي السويق قال فمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر اسهم لنا كما اسهم للرجال وبه قال الاوزاعي قال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره انه لجهالة رافع وحشرج عن رواية وقال الطحاوي يحتمل انه عليه الصلوة والسلام سوى اهل الغنيمة وقال غيره يشبه انه انما اعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن ان يكون كون التشبيه في اصل العطا واردت بالسهم نخص به والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم اتباع وصول تبعيته حيث لم يفرض على احد منهم في غير النفير العام في غير الصبي ويزيد الذمي بانه ليس اهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من اهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المتبوعين عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستاجر لخدمة الغازي اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصته زمن القتال من اجرة الاجير لانهما من اهل فرض فلا يكونان تبعا في حق الحكم بل في سفره بخلوه تمامه عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي واحمد وفي قول له وهو رواية عن احمد من اربعة الاخماس وفي قول الشافعي من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الصبي والذمي لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر وان لم يقاتل لانها عاجزة عنه فاقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة امانها لثبوت شبهة القتال منها والامان ثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق بان ذلك ليس رضخا بل بمقابلة الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك يزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى في عمل الجهاد بين من يسهم منه ويوجه عليه ومن لم يفعله الله منه ولا يسهم له فكذلك لم يبلغ به السهم كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر واما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجوز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلوة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جراءة ونجدة فقال له عليه الصلوة والسلام تؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى ان قيل له في المرة الثالثة نعم انطلق وعن حبيب بن اساف قال اتيت انا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم انا نستحي ان يشهد قومنا مشهدا لا نشهده معهم فقال اتسلما فقلنا لا قال فانا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فاقول لا عدمت رجلا عجل اباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلوة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ليفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور في ذلك حديث ابي يوسف اخبرنا الحسن عن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم فلم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف واسند الواقدي الى صفية قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة فغزا بهم اهل خيبر واسهم كسهمان المسلمين ويقال احذاهم ولم يسهم لهم واسند الترمذي الى الزهري قال اسهم عليه الصلوة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معهم وهو منقطع وفي سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئا ويقول هي بمنزلة الريح ولا شك ان هذه لا تقاوم احاديث المنع في

والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة ترضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

القوة فكيف تعارضهما وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان في غزوة بدر ثم انه عليه الصلوة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن امية وهو مشرك فالرد ان كان لاجل انه مخير بين ان يستعين وان يرده كما له والمسلم المعنى بخلافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لاجل انه مشرك فقد نسخ ما بعده ولا باس بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم ولعل رده من رده في غزوة بدر رجاء ان يسلم **قوله** فاما الخمس الذي تقدم انه يخرجه اولا فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم فيقدمون على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من اخذ الصدقات وذوي القربى لا تحل لهم هذا راي الكرخي وسياتي راي الطحاوي ان يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون اغنيائهم واليتيم صغير لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل من ذوي القربى في ابناء السبيل فان قيل فلا فائدة في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتيم اجيب بان فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر في التاويلات للشيخ ابي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القران اجاب بان افهام بعض الناس قد تفضي الى ان الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم وبقول الشافعي قال احمد وعند مالك الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من القرابات ونحن نوافقه على ان القرابة المرادة بها تخص بني هاشم وبني المطلب والخلاف في دخول غنيه من ذوي القربى وعدمه وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكر والانثى وجه قول الشافعي وهو ظاهر الطلاق النص اطلاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني والفقير ولان الحكم المعلق بوصف يوجب ان مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيهما بخلاف اليتامى فانهم يعتبر فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوي القربى ثم لا تنافي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ثم انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلوة والسلام على خمسة اسهم لله وللرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سالت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارايت علي بن ابي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون فقال ام والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه فقلت فما منعه قال

واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعى لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير

كره والله ان يدعى عليه بخلاف سيرة ابى بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه يصح رواية ابى يوسف عن الكلبى فان الكلبى مضعف عند اهل الحديث الا انه وافق الناس واما الشافعى فيقول لا اجماع بمخالفة اهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور انه الصواب لانه لم يكن يحل له ان يخالف اجتهاده لاجتهادهما وقد علم انه خالفهما فى اشياء لم توافق رايه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا انه رجع الى رايهما ان كان ثبت عنه انه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعى عن ابى جعفر محمد بن على قال كان راى على فى الخمس راى اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابابكر وعمر قال ولا اجماع بدون اهل البيت لان ما يمنع ان فعله كان تقية من ان ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين عن حقهم فى اعتقاده ولم يكن منعه الا لرجوعه وظهور الدليل وكذا ما روى عن ابن عباس انه كان يرى ذلك محمول على انه كان فى الاول كذلك ثم رجع فان لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من احد اولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى اصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو خلاف الكتاب ولفعله عليه الصلوة والسلام لانه اعطاهم بلا شبهة اجاب على قول الكرخى ان الدليل دل على ان السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلوة والسلام يا معشر بنى هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم فى الزكوة واسند الطبرانى فى معجمه ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا معتمر بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله ان يستعين بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لا يحل لاهل البيت من الصدقات شىء ولا غسالة الايدى ان لكم فى خمس الخمس لما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن ابى حاتم فى تفسيره ثنا ابى ثنا ابراهيم بن مهدى المصيصى ثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت عن غسالة ايدى الناس ان لكم فى خمس الخمس لما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع فى عبارة بعض التابعين ثم فى كون العوض انما ثبت فى حق من ثبت فى حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضى ان المراد بقوله تعالى ولذى القربى فقراء ذوى القربى فيقتضى اعتقاد استحقاق فقرائهم وكونهم مصارف مستمرا وهنا فيه اعتقاد وحقيقة منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما روينا انهم لم يعطوا ذوى القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه الصلوة والسلام الاغنياء منهم كما روى انه اعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المصنف والنبى صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الخ يدفع السوال الثانى لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لان الحاصل حينئذ ان القرابة المستحقة هى التى كانت بنصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من ناصره عليه الصلوة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء ان يعطوهم وهو خلاف ما تقدم عنه انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة فى الثلاثة ويعكر ما سيروونه فى تصحيح قول الكرخى ان عمر اعطى الفقراء منهم سهما مع انه لم يعرف اعطاء عمر بقيد الفقر وانما بل المروى فى ذلك ما فى ابى داود عن سعيد بن المسيب ثنا جبير بن مطعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبنى عبد شمس ولا لبنى نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبنى هاشم وبنى المطلب قال وكان ابوبكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انهم لم يكن يعطى قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبى صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه واخرج ابو داود ايضا عن عبد الرحمن ابن ابى ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبى صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ارايت ان توليني حقنا فى هذا الخمس فى كتاب الله اقسمه فى حياتك

ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة **قال** فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه

يسألنا رغني احد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر رضي الله عنه حتى كان آخر سنة من سنين عمر رضي الله عنه اتاه مال كثير فعزل حقنا ثم ارسل الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر رضي الله عنه فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر رضي الله عنه فقال يا علي حرمتنا الغداة شيئا لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الا عطاء الفقير المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع ان الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم ان ابا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي رضي الله عنه انه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب ان يعول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذوي القربى بيان مصرف الاستحقاق على ما هو المذهب الا انه لم يجر لهم منعه بعده عليه الصلاة والسلام ذلك لان القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب ان يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف اي ان كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطى تمام الخمس لابناء السبيل وان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين ان يصرفوهم الى غيرهم خصوصا وقد راوهم اغنياء بينا اذ ذاك وراوا صرفه الى غيرهم انفع والقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف ينبغي ان يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة يمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه اضافة السهم لاحق لنا لا الزمنا اداءه طاعة له لتعبيره فهذا ما يدل على بطلانه انه عليه الصلاة والسلام لم يصرفه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا ان مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفا غير ان الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح الصرف اليه واجزى لان المصرف من حيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك هذا والا فانه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في ابي داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني عبد المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا وبنو عبد المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المواساة والموافقة في الجاهلية فانه ليس ثم قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السير شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع انه لا يتاتى نصرة منهم فقال في شرح قوله قرابتنا واحدة انه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد اعني عبد مناف له اولاد هاشم الذي ذرية النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من بني نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه السلام واحدة فمقتضى استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقراء. لكن مصارف على قولنا فبين عليه الصلاة والسلام ان المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف وراوا غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا **قوله** فاما ذكر الله تعالى الخ لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع ليبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه وللرسول كذا وكذا ان لله سبحانه سهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام

وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا **قال** وبعده بالفقر قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرم كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام ففيه روايتان المشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخل جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

ليتبرك به بذكر اسمه ثم فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله ورسوله واحد قال ابو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بيته الكعبة ان كان قريبة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفع بان السلف فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روي عن ابن عباس رواه الطبراني في تفسيره عن اسحق بن كعب حدثنا احمد بن يونس حدثنا ابو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس انه قرأ واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وفي غيره حديث عن ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا القائل يكون في ستة وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة **قوله** وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه الصلوة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع وسيف او جارية قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين اتى به علي رض بعد ان قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن اخطب من غنيمة خيبر رواه ابو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المص والحجة عليه ما قدمناه اي من الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على اربعة وسهم فيهم ولم ينقل ذلك عن احد وايضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة واما قول المص وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يغني عنه وقوله كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالفقر لا يخفى ضعفه فان قوله تم ولذي القربى اما ان يراد به القربى المنتفعة بتلك المرافقة في الضيق والمؤانسة فيه فيكون المصارف مطلقا في الحيوة وبعد الممات واما الفقراء منهم فيسهم المصارف كذلك اي في حياته وبعد مماته فليس لوجه فيه الا ما قدمناه من انه اريد ان القرابة الناصرة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلوة والسلام اعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لا ان الصرف اليهم كان واجبا عليه كما يجوز ان تقتصر على مصرف دون مصرف ثم راى الخلفاء الراشدون الصرف الى غيرهم واما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير وانما قال وقيل هو الصحيح اي قول الكرخي لان من المشائخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوي وعليه فغير ان توجيه بان عمر رض اعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يريد اجماع الخلفاء الراشدين والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء **قوله** واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين جمعه نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى ان الكلام ايضا في قوله فاخذوا ولكن كونه تنبيها على ان الثلاثة ايضا مراد اي اذا دخل واحد او اثنان او ثلاثة بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس وقد صرح بان الثلاثة كالواحد واما الاربعة فيخمس في المحيط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بالسبعة والتي لها منعة بالعشرة ومذهب الشافعي ومالك واكثر اهل العلم انه يخمس ما اخذه الواحد متلصصا لانه مال حربي اخذ قهرا وكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن واحمد في رواية عنه نمنع انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما اخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ المتلصص انما ياخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث اذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة او كالعشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان المأخوذ قهرا غنيمة وخذله

فصل في التنفيل قال ولا بأس بأن ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لانه يبطل حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس فاذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء

حذلانا اذا ترك نصره واسلمه

فصل في التنفيل نوع من القسمة فالحقه بها وقدم تلك لقسمة لانها بضابط وهذه بلا ضابط لانه الى رأي الامام بان ينفل قليلا كثيرا ونحوها والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد نافلة ايضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان **قوله** ولا بأس بان ينفل الامام اي يستحب ان ينفل نص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه تتأكد ما سلف من ان قول من قال لفظ لا بأس انما يقال لما تركه اولى ليس على عمومه واعلم ان التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره ايضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى فاذا كان التنفيل احد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان هو ادعى الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به اولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير واما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الاخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والا حرم التنفيل لاستلزامه مع انه قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول وغيره ويشكل عليه قوله عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب في حنين **قوله** فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او يقول للسرية قد جعلت لكم النصف او الربع بعد الخمس اما لو قال للعسكر كل ما اخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي اوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وهذا بعينه يبطل ما ذكرنا من قوله من اصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا اصلا باصابته فهو اولى بالبطلان والفرع المذكور في الحواشي وبه ايضا ينتفي ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين واثارة الفتنة فلا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الا ربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال احمد وعند مالك والشافعي لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى رأي الامام وما بقي للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة اما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان هجمها العدو ليس له ان ينفل الا من الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام **قوله** لانه لا حق للغانمين في الخمس اورد عليه انه ان لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم اجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من احد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا انهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام ان يصنعه في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم **قوله** واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء وهو قول مالك وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وبه قال احمد الا انه قال اذا كان من اهل السهم او الرضخ وشرط الشافعي الاول قولا واحدا او له قولان في غير

وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه
نصب شرع لانه بعثه له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة
الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك

(قوله) ان احد بما كقول احمد والثاني لا سلب وشرط ان لقتله مقبلا لا مدبرا ولا ان يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب احدا فيقتله لان ذلك
ليس غناء كثيرا اذ كل احد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
عام حنين فساقه الى ان قال فقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك
في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لك يا ابا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله للقتيل فقال رجل من القوم
صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر الصديق رضي الله عنه لاها الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله تعالى يقاتل عن الله
ورسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلوة والسلام صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه واخرج ابو داود في سننه عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا
خلاف في انه عليه الصلوة والسلام قال ذلك انما الكلام ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال او كان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الوقعة
وغيرها بخصوصها فعنده نصب الشرع لانه هو الاصل في قوله لانه انما بعث لذلك قلنا كونه تنفيلا هو الغالب من نصب الشرع والدلالة على الخصوص
واستدل المصنف على ذلك بانه عليه الصلوة والسلام قال لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك فكان دليلا
على ان المحتمل قوله من قتل قتيلا فله سلبه فهو انه تنفيل في تلك الوقعة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في
معجمه الكبير والاوسط بلغ حبيب بن سلمة ان صاحب قبرس خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه
فاراد ابو عبيدة ان يخمسه فقال له حبيب بن سلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل
فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحق
بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن ابي امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن سلمة الفهري ان ... الى ان قال
فجاء بسلبه على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان ياخذه كله وابو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ الا تتقي الله وتاخذ ما طابت
به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى
مجهول ويخفى المصنف انه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك سماه حبيب بن ابي سلمة وصوابه حبيب بن سلمة ولكن
قد لا يضر ضعفه فانا انما نستانس به لاحد محتمل لفظ روي عنه عليه الصلوة والسلام وقد يتايد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن
بن عوف في مقتل ابي جهل يوم بدر فان فيه انه عليه الصلوة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء لما رأى سيفهما كلاكما قتله
ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا ان للبيهقي ان يدفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم
بنص الكتاب يعطي من يشاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلوة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك
انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال فقد يدعى انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه من طريق الكلبي
عن ابي صالح عن ابن عباس عن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلوة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء ابو

وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه

ياسيرين فقال سعد بن عبادة أي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحياة أن نصنع ما صنع إخواننا ولكنا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بمضيعة قال فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر أنه حيث قال ليس نصب الشرع للابد وهو وإن ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في أبي داود ولا شك أنه لم يقل لفظ كذا وكذا وإنما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قال وقد علمنا أنه لم يكن يعني دراهم أو دنانير فإن الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضي ذلك لقلتها أو عدمها فيغلب على الظن أن ذلك المكني عنه للراوي هو السلب ما أخذ لأنه المعتاد أن يجعل في الحرب للقاتل وليس كما روي بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله غاية الأمر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه أنه ليس نصبا مستمرا والضعيف إذا تعدد طرقه ارتقى إلى الحسن فيغلب الظن أنه قيل في تلك الوقائع وما بين ذلك لبقية حديث أبي داود فإنه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردءا لكم لو انهزمتم فئتم إلينا فلا تذهبوا بالغنم ويبقى فأبى الفتيان وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الأشجعي دليل ظاهر أنه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه فقتله فحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي قال عوف فأتيت خالدا فقلت له يا خالد أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه أو لأعرفنكها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلاة والسلام يا خالد رد عليه ما أخذت منه قال عوف فقلت دونكها يا خالد ألم أوف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فأخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل أنتم تاركو لي أمرائي لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ففيه أمران الأول رد قول من قال إنه عليه الصلاة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه إلا في حنين فإن مؤتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخر أنه منع خالدا من رده بعد ما أمره فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلا وإن أمره إياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الإمام له ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي إنما منعه أن يرد على عوف سلبه زجرا لعوف لئلا يتجرأ الناس على الأئمة وخالد كان مجتهدا فأمضاه عليه الصلاة والسلام واليسير من الضرر يحتمل للكثير من النفع غلط وذلك لأن السبب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وإنما كان للمددي فلا تزر وازرة وزر أخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب أزجر له منه فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب أولا أن تمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منع شفاعته وذلك بمنع السلب لأنه تنفيل وسياسته بزجره بمنع حق آخر لم يقع لجنايته فهذا أيضا يدل على أنه ليس شرعا لازما وقوله وزيادة الغناء جواب عن تخصيصه بكونه لقتيله مقبلا فقال زيادة الغناء في الجنس الواحد لا يعتبر موجبه زيادة من المغنم لما قامت به وقوله كما ذكرناه يعني ما قدمه في أول فصل كيفية القسمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لأنه يحتاج إلى شاهد بأن اغناءه في الحرب أكثر من هذا ولا يكفي زيادة

ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطيها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم

شهرة هذا دون ذلك فلا بد ان يتحقق اعتبار من غير المشهور في تقييد اكثر من المشهور او يشير الى قوله لان الكره والفر اسفر من تب السلب قوله وما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه من ذهب وفضة وما سوى ذلك مما هو مع غلامه او على دابة اخرى فليس منه بل حق الكل والحقيبة الزيادة في موخر القتب وكل شيء شددته في موخر رحلك وقتبك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان احدهما ليس من السلب وبه قال احمد والآخر انه من السلب وهو قولهما وعن احمد في برونه روايتان قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فقط واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل اي في باب الغنائم من قوله لان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له ومن اصاب شيئا فهو له فاصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطيها في دار الحرب قال محمد له ان يطأها وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب او بعد قسم الامام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطيها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطيها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما ان سبب الملك في المنفل ليس الا القهر كما في الغنيمة ولا يتم الا بالاحراز بدار الاسلام لانه ما دام في دار الحرب مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اثبات القهر بل في قطع حق غيره واما الملك فانما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لان سبب الملك العقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر ايضا قبل الاحراز لا لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم ان كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند ابي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطأها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل لا لظهور اثر عدم الحل لا يتم القياس عليه لمحمد الا على احد القولين وقوله ووجوب الضمان بالاتلاف ذكره لدفع شبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف لان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف للسلب نفل الامام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما ان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطء عندهما ايضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف وانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل على هذا الاختلاف والله اعلم

باب استيلاء الكفار لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وقدم الاول على الثاني لظاهر قوله واذا غلب الترك على الروم اي كفار الترك على كفار الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه عن قريب فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال اي مما اخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما اخذنا مالا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما كان لنا ان نشتري المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا وفي الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط اما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيئا لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالاخرى فانه على ملكهم واما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا او مالا ينبغي ان يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالامية او كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا ذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بان من قهر آخر ملكه جاز

وإذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها، وقال الشافعي رح لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداءً وانتهاءً والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وهو قول مالك أيضا إلا أن عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولأحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك رح فيتفرع على ملكهم أموالنا بالإحراز أن لكل من دخل دار الحرب بأمان أن يشتري ما أخذوه ويأكله ويطأ الجارية لملكهم كل ذلك وقال الشافعي لا يملكونها لأن الاستيلاء أي استيلاءهم على أموالنا محظور ابتداء عند الأخذ وانتهاء عند صيرورته في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلوة والسلام إذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات إجماعا والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولأن النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا إلى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا إذا نزلوا يريحون إبلهم في أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير إلا رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها أو وفيتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظ فأخذ ناقته، لو كان الكفار يملكون بالإحراز لملكتها المرأة لإحرازها إياها بإحرازهم وبما رواه الجمهور من النقل والمعنى فالأول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لا يملك شيئا فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من لا يملك إلا وهو في مكان لا يصل إليه فقيرا بل هو ابن السبيل مخصوص بابن السبيل وكذا عطفوا عليهم في نص الصدقة فأما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين أنه قيل له عليه الصلوة والسلام في الفتح أين تنزل غدا فقال فهل ترك لنا عقيل من منزل وروي منزلا غدا بدارك فقال هل ترك عقيل لنا من رباع ودار ما قاله لأن عقيلا كان استولى عليها وهو على كفره فغير صحيح لأن الحديث إنما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فإن عقيلا إنما استولى على الرباع بإرثه إياها من أبي طالب فإنه توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لأن الدار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجروا استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء

وروى أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأقام البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن شئت أن تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق وإلا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده ياسين الزيات مضعف وأخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس عنه عليه الصلوة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به وإن وجده قد قسم فإن شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة وأخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ومن وجده بعد ما قسم فليس له شيء وضعف بإسحق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به أخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له وإن أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعي واحتجوا أيضا بأن عمر بن الخطاب قال من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه إلا بالقيمة قال وهذا إنما روي عن الشعبي عن عمر ومن جابر بن [illegible] عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضي قال فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه إن أدركه قبل أن يقسم فهو له وإن جرت فيه

فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه به التاجر وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض ياخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا وكذا اذا كان مشتري بمثله قدرا ووصفا

السهام فلا شيء له وروى عنه ايضا عن ابي عبيدة قدم مثل ذلك روى باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى ايضا باسناده الى قتادة عن خلاس ان علي بن ابي طالب قال من اشترى ما احرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي اصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين تضعيف بالارسال والتكلم في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب ويبعد ان يقع غلط للكل في ذلك وتوافقوا في هذا الغلط بل لا شك ان الراوي الضعيف اذا كثر مجيء معنى ما رواه يكون مما اجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ان يكون اكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتقاده بما ذكرنا من الاية والحديث من الصحيح وحديث الغضباء وكان قبل احرازهم بدار الحرب الا ترى الى قوله وكانوا اذا انزلوا اسنزلا الخ فانه لقيهم انما فعلت ذلك وهم في الطريق واما المعنى فما اشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعني الاستيلاء الكائن بعد الاحراز في حالة البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على اموالهم فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا اي كونه مباحا اذ ذاك لان العصمة تثبت على منافاة الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا منه فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما ثبت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا كما وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز يكون تماما وهو الاقتدار على المحل حالا ومالا بالادخار الى وقت حاجته بخلاف اهل البغي اذا احرزنا اموالهم لا نزول ملكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم اجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك في المحظور لنفسه اما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك هو الثواب كما في الصلوة في الارض المغصوبة فما ظنك بالملك الدنيوي والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها لم تثبت مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ما ذكرنا في الباغي واورد عليه ان العصمة اذا زالت بالاحراز بدارهم لم يكن الاستيلاء محظورا فيحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم يصر ملكا لهم واجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك الثابت زوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك لان الاستيلاء ان اريد به ابتداء الاخذ او ادخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف بكذا اورد في الاصول على كون الغصب مفيد الملك لكن اجيب بان المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا للملك ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع سبب للاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته بسببه ما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع ان سبب الملك هنا محظور لنفسه او غيره بل هو امر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الاخر لانه مسبب في غيره على ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب ابتداء اصلا وقول بعضهم في التقرير لانه اي الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعد انقطعت العصمة فورد على مباح كمال المسلم ثم اذا لم يجاوز الينا يقتضي ان ماله مباح ثم وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غصب الغاصب على الخلاف المتقدم وسببه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا نسلم انه محظور لانه ورد على مال مباح الخ

قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء فان وجدها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه الصلوة والسلام فيه ان وجدته الخ وتقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قبل اخذه قبل القسمة اذا كان حكما

قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذى اخذ به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري فى يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان ياخذه من الثانى بالثمن لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان ياخذ من الثانى بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم ياخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فياخذه بهما وكذا اذا كان الماسور منه الثانى غائبا ليس للاول ان ياخذه اعتبارا بحال حضرته

لازما يقتضى قيام ملكه اجيب بالمنع فان الواهب له ان ياخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك المشتري فى الاخذ ولا ملك له حاصله ان فى الشرع صور التقدم فيها غير المالك على المالك كما اريناك فلان يقدم غير المالك اولى وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد فى المغنوم قبل القسمة فجبر بضرورة القوى الغير بصير فان الشركة اولى فى الحق دون الملك وثانيا هى شركة عامة فى جانب ضرر كل واحد خفته كثيرة وصورة التشفيع شبهته اخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه فى اثبات ملك متقدم بازالة ملك موجود بالثمن دفعا للضرر الجوار والخلطة مع دفع ضرر اتلاف مال الآخر وشبهه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك اصل بعوض بقدره وهى المسئلة التى ذكرناها وبهذا الان الشارع لما لم يزل الملك لحاصل لحادث للغازى فى مقابلة عنا حصل له بمقابلة مال بدله الا بعدله النظر وبخف الضرر من الجانبين فلان لا يزيله بمنع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين اولى ولان التاجر اشتراه بعوض ياخذه بقيمة العوض ثم لو ترك اخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب زمانا طويلا له ان ياخذه بعده فى ظاهر الرواية وفى رواية سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة والظاهر الاول ولو وهبه المسلم اخذه مالكه بالقيمة لانه ثبت له ملك خاص فى مقابلة ما كالمال او النفل من لما لكه اذا كانت اذ المال ثابت معنى لان المكافاة مطلوبة والظاهر ايقاعها فلا يزال الا بالقيمة وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما اخذ الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون ياخذه المسلم قبل القسمة بغير شئ ولا ياخذه بعد بالانه لا فائدة فيه لان اخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان المثلى موهوبا من الكافر للمخرج ليس فيه الا المثل وهو انه غير مفيد لما قلنا وكذا اذا كان الذى اخذه من الكفار مشتري بمثله قدرا ووصفا ليس لصاحبه القديم ان ياخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشتري باقل قدرا منه او بجنسه لكن دون منه او احسن فان له ان ياخذه بمثل ما اعطى المشتري منه **فرع** اختلف المولى والمشتري منهم فى قدر الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بالقهر هو به كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا فى الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه باقل فيثبت ذلك **قوله** فان اسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذى اخذه به من العدو ولا ياخذ الارش لان ملكه فيه صحيح لانه اخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشتري شراء فاسدا على ما سنذكر فلو اخذه اى الارش اخذه بمثله دراهم او دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو بزيادة او نقصان ولو كانت امة فباعها الغانم بالف فولدت فى يد المشتري وماتت فاراد المالك اخذ الولد فعند ابى يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته منها ولا يحط شئ من الثمن بما نقص من عينه لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن والعين كالوصف لانها يحصل بها وصف الاعمار وقد فات فى ملك صحيح فلا يقابلها شئ من الثمن فلا يسقط بفواتها شئ منه وانما لم يقابل شئ من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شئ من الثمن ولهذا لو ظهر فى المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئا بمقابلته ولو اشترى عبدا فذهبت يده او عينه قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن والعقر كالارش واستشكل بان الوصف انما يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول اما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت فى يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا فى الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك المشتري بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كان جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شئ من الثمن وهذا ورد على طلاقة قوله بخلاف الشفعة لان ذلك فى القصدى اما فى غيره فالشفعة والمسئلة التى نحن فيها سواء وجوابه ان الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول فى الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لابتنائها على الامانة وللشبهة حكم الحقيقة فيها ولملك المشتري فى الشفعة كالفاسد

ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء لجنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رح ياخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشتري او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

من حيث وجوب تحويله اليه اما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف لا تضمن فيه اي في البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل على تقوم الصفات هو الغصب انما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك مبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد وفي ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير ان الشرع اهدر تراضيهما في حق الحل طلب رد كل منهما بدله الى الآخر وفي الكافي قوله ان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء اخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه شيء ولو انه فقئ عينه وعند الغازي المقسوم له فاخذ قيمته وسلمه للفاقئ فالمالك الاول اخذه من الفاقئ بالقيمة اعمى عند ابي حنيفة وقالا بقيمته سليما وهي التي اعطاها الفاقئ للمولى لما انه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه ولانه طرف وهو مقصود فهو كفوات البعض فليسقط حصته من القيمة كالولد مع الام هذا تنقيح لمسئلة الهداية بل الوجه ان الغرض ان فوات الطرف بالفعل الذي ملكه فكان مشتريا له اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بنقيصه بخلاف مسائل الكتاب لان الفاقئ غيره بغير رضاه قوله اسروا جارية واحرزوها ثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم غانم فباعها بالف فولدت في يد المشتري ثم ماتت فاراد المالك القديم اخذ الولد فعند ابي يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بان تقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما اصاب الولد فهو حصته قوله وان اسر الكفار عبد المسلم فاشتراه رجل منهم بالف فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف فليس للمولى الاول وهو المالك ان ياخذه من الثاني وكذا لو كان الثاني غائبا كما سنذكر لان الاسر ما ورد على ملكه بل على الثاني فانما ثبت حق اخذه للمشتري الاول حتى لو ابى ان ياخذه لم يلزم المشتري الثاني اعطاؤه للمولى الاول ولو كان المشتري الاول وهبه له اخذه مولاه من الموهوب له بالقيمة كما لو وهبه الكافر للمسلم ثم اذا اخذه المشتري الاول من المشتري الثاني بالف فاراد المولى الاول ان ياخذه من المشتري الاول اخذه بالفين لانه قام عليه بذلك هو وان تعذر بذلك ففي مقابلة العبد الذي عوضه بخلاف ما لو اخذه بالف فانه يفوت الالف الاخرى على المشتري الاول بلا عوض اصلا فرع لو باع المشتري من العدو العبد من غيره اخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به ان مثليا فبمثله او قيميا بان كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول وليس للقديم ان ينقض العقد الثاني لياخذه من المشتري الاول بالثمن الاول الا في رواية ابن سماعة عن محمد فظاهر الرواية الاول فالوجه في المبسوط وفيه ان الكفار لو اسلموا قبل ان يبيعه لم يكن للقديم ان ياخذه قوله ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة الكائنة بالاحراز بدارهم مدبرينا ولا امهات اولادنا ولا مكاتبينا ولا احرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب هو الاستيلاء التام انما يفيد الحكم وهو الملك لما يرد عليه في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم لا تثبت الحرية فيهم من وجه الاسلام بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جناياتهم بالكفر ولا جناية من هؤلاء ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء انهم لو اسروا ام ولد لمسلم او مكاتبا او مدبرا ثم ظهر على دارهم اخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض الامام من وقع في قسمه من بيت المال قيمته ولو اشتراه تاجر لك منهم اخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله فان ابق عبد لمسلم او ذمي وهو مسلم ودخل عليهم دار الحرب فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه وبه قال مالك واحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للملك محرزا بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا السقوط عصمته لانها لحق المالك قد زالت وصار كما لو ندت البهيمة دابة اي شردت من باب ضرب لان مصدره جار نَدُّودًا كما جار على هذا القياس وكما لو اخذوا العبد الآبق او غير ال...

وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه وان ندّ بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند
الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب معه
بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابى حنيفة
وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا للحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم فى كل فرد واذا دخل الحربى دارنا بامان واشترى عبدا مسلما
وادخله دار الحرب عتق عند ابى حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى فى يده عبدا
ولابى حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضى ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين فى دار الحرب

من دارنا اذا احرزوه حيث يملكونه فكذا هذا ولابى حنيفة ان العبد ظهرت يده على نفسه وهذا لانه آدمى مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره
من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى
بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه سابقة على يد اهل الحرب لان اخذهم اياه لا بد ان يتراخى عن دخوله واذا سبقت يده يدهم صار معصوما
بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الآبق المتردد فى دارنا اذا اخذوه لان يد المولى قائمة عليه ما دام فى دار الاسلام حكما لقيام يد اهل الدار فيمكنه الاستعانة
على وجوده والاقتدار باق فمنع ظهور يده على نفسه ولا كذلك المأذون فى الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التى ندت فانه
لا يد لها على نفسها والضمير فى قول المص لان سقوط اعتباره لليد وكان الواجب ان يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يقال على الظهور اى سقوط اعتبار
يده ولو كان العبد كافرا فان كان مرتدا ملكوه وان كان كافرا فهو ذمى تبعا لمولاه واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شئ سواء كان موهوبا منهم للذى
اخرجه الى دار الاسلام او مشترى منهم او مغنوما قبل القسمة وبعدها الا انه اذا اخذه بعد القسمة يؤدى الامام قيمته من بيت المال للمأخوذ منه لانه لا يمكن اعادة
القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم لتفرق المال فى ايديهم وايدى غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا
من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شئ يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع فى بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا شئ على المشترى شيئا اذا كان اشتراه بغير اذن
المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه وعندهما يأخذه بالثمن فى المشترى وبالقيمة فى الموهوب كما فى المأسور غير الآبق وانما قيدنا اول المسألة بكون
العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فاخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمى تبعا لمولاه وفى العبد اذا ابق قولان ذكره فى طريقة مجد الائمة قوله
وليس له اى الغازى او التاجر جعل الآبق لاستحقاقه اذا اخذه لمن يده فيكون عاملا له وهنا انما هو عامل لنفسه قوله وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه وجهه يتفرع على
ملكهم اياه انه لو اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك
كله فاشترى رجل ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والمتاع والفرس بالثمن عند ابى حنيفة وعندهما يأخذ العبد ايضا بالثمن ان شاء وهذه تفرعة على ملكهم العبد
الآبق اليهم عندهما ودونه واورد عليه ينبغى ان يأخذ الكل بلا شئ لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهر على ما فى يده لانه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت
ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها اجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى فى يده كما لو كان مملوكا للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان
الغرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عليه فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والآن فى ملك العبد والغرض ان هذا المال عليه يده
فيمنع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم واجيب ايضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه
دون وجه فاعتبرناها فى حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغى ان يمنع استيلاء الكفار قوله واذا دخل
الحربى دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابى حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة حال كونه فى دار الاسلام بطريق معين
وهو البيع فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضى عليه ودفع ثمنه اليه وقد تعذر الجبر عليه فبقى عبدا فى يده
لان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن مملوكا لهم فانهم اذا اخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال ان يزول ملكه الثابت له قبل
الاحراز حالة الاحراز ولابى حنيفة ان الجبر على البيع فى دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن ذل الكافر فهو الواجب بالذات اصالة ووجوب
الجبر على البيع ليتوصل اليه بخيرة تعيين اخراجه بعوض لتعين بيعا لتحقيق قيام امانه تحرزا عن الغدر باخذ ماله وهو لا حق ... عليه فاذا زال امانه سقطت

واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روى ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالتحاقه بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في حقهم الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فكان اولى

عصمة بالموجود في دار الحرب يجب التخليص بالاعتاق عليه غير ان اعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من ثمة فيقيم شرط زوال العصمة مانعه وهو حلوله في الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضي كما اقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي بعد عرض الاسلام على الآخر وابائه فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه في دار الاسلام لان للمولى حق استرداده فلو اعتقناه على الحربي حين احرزه ابطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه فيكان ذلك مانعا للمقتضي عن عمله وقول المصنف فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب ليس بجيد لانه لو اسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا اسلم عبد الحربي ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم او ذمي او حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم اذ زال قهره الى المشتري فصار كما لو كان في يده وله ان قهره زال حقيقة بالبيع ولان اسلامه يوجب ازالة قهره الا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ماله اثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع **قوله** واذا اسلم عبد الحربي ثم خرج الينا او اسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيد الى عسكر المسلمين مسلمين ولم نعلم فيه خلافا بين اهل العلم لما روى ابو داود مسندا الى علي رض قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه احاديث قدمناها ومنها اسلام عبيد الطائف ومنهم ابو بكرة والمنبعث مقدم في كتاب العتق فليرجع اليها فهذا دليل عتقهم اذا خرجوا الى المسلمين واما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كانه خرج اليهم في منعتهم **قوله** واعتبار يده الخ جواب عن مقدر وهو انه لم يعتق بمجرد اسلامه في دار الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرض للبيع فباعه فقد ورد يد الغانمين على مال مباح لان الاسلام لا ينافي استرقاقه ثم اجاب بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم يظهر لحق المولى المتمكن من الانتفاع ثم هي اسبق من يد المسلمين اما في المولى الكافر فيستحق الحكم بالعتق تخليصا للمسلم من اذلال الكافر لان مجرد اصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد اذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين هي المؤكدة لها فيعتق بها ولو اسلم العبد ولم يخرج الينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى ان يشتريه مسلم او ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا ولاء اي ولا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم او كافر فيعتق العبد قبل المشتري العبد او لم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر يزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد المراغمة يحترز به عما لو خرج باذن مولاه او بامره لحاجته فانه اذا خرج كذلك فاسلم في دارنا حكمه ان يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لانه لما دخل بامان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبما معه من المال **فروع** ولو جنى عبد جناية خطأ او افسد متاعا فلزمه دينه ثم اسره العدو ثم ظهر المسلمون عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام من اسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق ولي الجناية في الرقبة ولا يبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية واما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه لو اشتراه رجل واصابه المسلمون في الغنيمة فاخذه المولى القديم بالثمن او القيمة عاد الدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو اعتقه او باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل او اشتراه فاعتقه قبل ان يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان الولاء لازم للمعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت امة فتزوجها فولدت من الزوج بلا عتق للقديم ان يأخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستامن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه

بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين الا ترى انه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وان كان جزءا فهو في المال حيوانا محل آخر بخلاف حق المولى قوي لا يبطل ببيعه وهبته فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ بلا فسخ النكاح الزوج من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما اخذ من عقرها وارش جناية عليها ولو له ي وجبا المشتري قاوطيها قبل ان ياخذ ها المولى وثبوت حق اخذه لا يمنع وطي المالك ولو اسروا جارية مرهونة بالف وهي قيمتها او اشتراها رجل بالف اخذها مولاها الراهن بها لم يبق رهنا لانها ناوية في حق المرتهن فهو كالمجيز لملكها ولا ياخذها المرتهن الا ان يرد على الراهن الالف وان كان الثمن اقل من الالف كان للمرتهن ان يؤدي ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لانه يغرمه لو اسلم على ما اخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربي آخر ثم لو خرج الينا بامان وذلك المال لا سبيل عليه الا انه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من اعادته الى دار الحرب واذا لم ولو اسروا جارية وديعة عند رجل او عارية او اجارة فحق الاخذ اذا اخرجت بشراء او غنيمة لمالكها الان ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد لان كلا منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب وان كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان نهاية احرازها توجب ان يملكوها ونفس الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسلمة في دار الاسلام حكما وان كانت في دار الحرب حقيقة

باب المستأمن اخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستيمان بعد القهر فاورده كذلك وتقديم استيمان المسلم على الكافر ظاهر

قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه بالاستيمان ضمن لهم ان لا يتعرض لهم فاخلافه غدر والغدر حرام بالاجماع وفي سنن ابي داود عنه عليه الصلوة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلوة والسلام لامراء الجيش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من اهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا ان نشتري من الطائفة الغالبة شيئا من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء لان الشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فاقول ليشترط ان يجوز ما الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون ان من قهر آخر في نفسه او ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بامان فجاء رجل بامه او ابنه او ام ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون ان كانوا يدينون ان من قهر آخر ملكه مولاه الملك حولا يعتقون عليه فيمتنع وان اخرجوا فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون ان من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه والا لا مع ان هذا ليس فيه احراز بدار الاخرى غير دار المقهور وقوله الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم الخ استثناء من قوله لا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم ايضا وقد صرح به حيث قال فيباح له التعرض وان اطلقوه وتركوه في دارهم طوعا او اعتقوه لانه لم يستامن وعتقهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله ان يقتل من قدر عليه سيده او غيره وياخذ ماله ويملكه ملكا لا خبث فيه فان غدر بهم التاجر فاخذ شيئا واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح عند عدم الاحراز الا انه بسبب محرم فاورث خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما يملك مع حرمة مباشرة سبب الملك

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربياً أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكاً للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالاً غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد وهذا الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لأن الخطر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك كما في البيع الفاسد وقوله على ما بيناه يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره إذا صلح سبباً لكراهته تفوق الملك إلخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدراً جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسداً فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه لأن المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وبيع المشتري يقطع حقه في ذلك لأنه باع بيعاً صحيحاً فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالأول فيه ما لو سبا قوم أهل الدار التي هو فيها جاز له أن يشتري منهم من السابي لأنهم ملكوها بالإحراز وإنما كانوا على أصل الإباحة في حقه وإنما منعه الغدر وليس ذلك غدراً **فرع نفيس في المبسوط** لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار إلا أن خاف على نفسه لأن القتال لما كان تعريضاً لنفسه على الهلاك لا يحل إلا لذلك أو لإعلاء كلمة الله وهو إذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء إلا إعلاء للكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فمروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم إذا كانوا يقدرون عليه لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الأموال لأنهم ملكوها بالإحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لأنهم مسلمون **ومن فروعه** لو تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجها إلى دار الإسلام قهراً ينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وإن طاوعته فخرجت طوعاً معه لا يصح بيعها لأنه لم يملكها وعلم أنهم أخذوا في تصويرها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فإنه لو أخرجها كرهاً لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء أو أوفاها معجل مهرها ينبغي أن لا يملكها **قوله** فإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربياً أو غصب أحدهما صاحبه مالاً ثم خرج المسلم إلينا واستأمن الحربي فخرج أيضاً مستأمناً لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم في المستقبل ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف رحمه الله يقضي على المسلم عدم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بأن المسلم قد التزم أحكام الإسلام مطلقاً وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضاً مما يحتاج إلى موجب وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك والإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وأما أنه لا يقضى بالغصب لكل منهما فلأنه صار ملكاً للذي غصبه سواء كان الغاصب كافراً في دار الحرب أو مسلماً مستأمناً على ما بينا أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن الغرض أن كلا منهما خرج إلى دار الإسلام ثم في غصب المسلم إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب إلخ إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد إفتاء لا قضاء ليرتفع معصية الغدر وفي كلام المصنف إشارة إليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك أي أدان أحدهما صاحبه أو غصبه ثم خرجا إلينا مستأمنين لما قلنا فإن خرجا مسلمين وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب أما القضاء بالمداينة أي بالدين فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما بأحكام الإسلام ولا ترجيح لأحدهما على

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد فمراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجرا أسيرا فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولأبي حنيفة أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا

الآخر اذا لم يقض لاحدهما دون الآخر بل سوى بينهما على قول ابي يوسف لا يحتاج الى هذه العلاوة او يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا واما الغصب فانما لا يقضى به لانه ملكه فيها ولا خبث في مال الحربي ليؤمر بالرد وفيه اشارة الى ما قدمنا ذكره قوله واذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين الى آخره عرف احكامها مما تقدم قوله واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل عمدا الدية في ماله ولا كفارة عليه وعلى القاتل خطأ الدية في ماله ايضا وعليه الكفارة هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضيخان في الجامع الصغير ان هذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك واحمد لانه قتل شخصا معصوما بالاسلام عدوانا وذلك موجب القصاص وكونه في دار الحرب لا اثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولابي حنيفة انه مكثر سوادهم من وجه ولو كثره من كل وجه بان كان متوطنا هناك لا يكون معصوما فاذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص ثم ذكر شمس الائمة القصاص في العمد عن ابي يوسف من رواية الاملاء لان المسلم حيث كان هو من اهل دار الاسلام لا ينتقض احرازه نفسه بذلك القصاص حق للولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة الى ولاية الامام ووجه الظاهر مندرج فيما سنذكره قال المص اما الكفارة يعني في الخطأ فلاطلاق الكتاب يعني قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة ووجوب الدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول الى دار الحرب بالامان وانما لا يجب القصاص في العمد لانه لا يمكن استيفاؤه الا بالمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلا فائدة في الوجوب واذا سقط القصاص وجبت الدية لانه لسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى ان المراد انه ليس على الامام اقامته اذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل اذا قدر عليه لان القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لان كون الولاية قاصرة وقت السبب لا يمنع من القضاء عند الطلب اذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع الى قاض يطالبه بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فان ولايته منعدمة عند السبب وعليه ان يقضي بالثمن عند المرافعة لان العصمة المؤثمة بالاسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاء الامام منتف لما ذكر عن ابي يوسف ان الامامة ينفرد بها المولى فمنعه منه خلاف الدليل فالاقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه اذ يمنع كون تلك الشبهة توجب السقوط او ان دار الحرب دار اباحة فالكون فيها شبهة دارئة وقد يقال ان قلتم دار اباحة للقتل مطلقا فممنوع او قتل الكافر فيه ولا يفيد ويجاب بان كونها دار اباحة في الجملة كاف الا ترى ان من قتل رجلا قال له اقتلني لا قصاص عليه مع ان اباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل اباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعا الا ان يمنع عدم القصاص في قوله اقتلني فان قيل ما ذكرتم يخالف لاطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب انه عام مخصوص بالقتل خطأ فانه قتل وليس فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى ايضا قال وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ انما يجب ايضا في ماله لان وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه في ذلك ولا تقصير منهم في ذلك اذا كان في دار الحرب قوله وان كانا اي المسلمان اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل من احكام الدنيا الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة ره وانما عليه عقاب الآخرة في العمد وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بالاستيمان على ما بيناه يعني من قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان فكان الاسيران كالمستأمنين واما امتناع القصاص

فصل قال: اذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكّن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكّن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسدّ باب التجارة ففصّلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف ان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين

فلعدم المنعة كما ذكرنا وتجب الدية في ماله لما قلنا ان العواقل لا تعقل العمد بذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد ان يقولا به في الاسيرين لان الوجه يعمهما ولابي حنيفة وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم حتى يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا لان الاصل غير معصوم فكذا تبعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا في سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا في ايديهم وانما خص الكفارة بالخطا لانه لا كفارة في العمد عندنا كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى بذا والاقرب ان يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

فصل قوله واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ثم يرجع بل يقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية واصل بذا ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم اي جاسوسا وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وهو ما يجلب من حيوان وغيره ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان اقامها بعد تقدم الامام اليه اي قوله له ما يعتمد في ضرب الجزية عليه صار ذميا فلا يمكن بعدها من العود الى داره لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصيير ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين ولا يأخذ منه جزية للسنة التي اقامها الا ان قال له ان اقمتها اخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط التقدم الامام اليه في منعه من العود اذا اقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو اقام سنين من غير ان تقدم اليه الامام فله الرجوع قاله صاحب الدراية وعبارة صاحب المبسوط من غير اختصار على ما فيه وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيامره بالخروج الى داره على سبيل الاعذار والانذار وفي التقدم اليه ان يبين مدة فقال ان خرجت الى وقت كذا والا جعلتك ذميا فان خرج بتركه ليذهب وان لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك وجعله ذميا وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول فبعد الحول لا يمكنه من الخروج فتعقبه الشيخ المحقق الشارح بان ذلك ليس بلازم للفظه لان المفهوم دلالته على ذلك انما هو قوله وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول ولا يخفى ان ليس المراد به عدم التقدير اصلا لا بمدة معينة ولا مبهمة ولفظ المبسوط يدل على ان تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيامره الى ان قال وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لانه يصدق بقوله ان اقمت طويلا منعتك من العود فان قام سنة منعه وفي بذا اشتراط التقدم غير انه لم يوقت له مدة خاصة والوجه ان لا يمنعه حتى يتقدم اليه وله ان يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي ان يلحقه عسرا بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة فروع لو مات المستأمن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد ان يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فان اقاموا بينة من اهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال واخذ منهم كفيلا لا يظهر في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول ابي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل الذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا او رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا احسن منه فان كان مثله او دونه مكن ومن وجد في دارنا بلا امان فهو وما معه في فان قال دخلت بامان لم يصدق واخذ ولو قال انا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة يعرف ذلك كان امنا فان الرسول لا يحتاج الى امان خاص بل بكونه رسولا يأمن وان لم يعرف فهو في فيكون هو وما معه فيئا واذا دخل دار الاسلام بلا امان فاخذه احد من المسلمين لا يختص به عند ابي حنيفة بل يكون

وإن دخل الحربي دارنا بأمان فاشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس فإذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لأنه قد يشتريها للتجارة وإذا لزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه أحكام جمة فلا يغفل عنه وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية لأنها التزمت المقام تبعا للزوج وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لأنه أبطل أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا أما الوديعة فلأنها في يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده قال: وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لإيجاب الخمس

فيئا لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن أبي يوسف وظاهر قول أبي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون فيئا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج قوله فإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشرية فإنها تستمر عشرية على قول محمد فإنها وظيفة مستمرة وعلى قول أبي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت أحكام الذمي في حقه من منع الخروج إلى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأ ووجوب كف الأذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الأسواق ظلما وعدوانا وهذه الأحكام الجمة التي نبه عليها المصنف والجم الكثير والمراد بوضع الخراج إلزامه له وأخذه منه عند حلول وقته وهو مباشرة السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة فإنه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الأرض التي استأجرها خراجها على مالكها فإنه لا يصير ذميا إذا حل وقت الأخذ بعدم الأخذ منه وكذا إذا أخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الإمام وتوظيفه أن يقول وظفت على هذه الأرض الخراج ونحوه لأن الإمام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الأراضي المعلومة استمر على كل من صارت إليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لأنه به التزمه لأنه غير لازم لجواز أنه اشتراها للتجارة ولا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها أو زراعتها قوله وإذا دخلت حربية دارنا بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية ففي تزوجها مسلما أولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الأئمة الثلاثة في الحربية أيضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق بأن تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فإن في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فإنها حين أقدمت عليه كانت ملتزمة ما يأتي منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج إلى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك قوله ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذميا أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الإسلام من ماله ما دام حيا فإن مات فهو لورثته وكذا إذا قتل من غير أن يظهر على دارهم كما إذا مات في دار الإسلام مشمول بأماننا ما دام في دارنا وبه قال الشافعي وأحمد فإن قيل ينبغي أن يصير فيئا كما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم يكون فيئا ولا تكون يد المودع كيده في دار الإسلام أجيب بالفرق بأن ما في دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه فإن دار الحرب دار إباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما في دار الإسلام يثبت في كل وجه فيبقى إلى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوما وذلك بأن يؤسر أو يظهر على داره فيقتل ثم تصير الوديعة فيئا لعامة المسلمين توضع في بيت المال لأنها في يده تقديرا فإذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لأنها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين وأما الدين فيسقط عمن في ذمته لأن ثبوت يده عليه انتفت إذ قد صار ملكا للمديون وإنما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين إذا حققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضروري غير محتاج إلى التعليل بأن سبقت يده إليه قوله وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال أي ما أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الإبل والخيل يقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته إذا أعنته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكري الأنهار العظام

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل وأما الأولاد الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوما لأن يد الحربي ليست يدا محترمة وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الأصل ولنا قوله تعالى فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملا أعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والأموال تابعة لها أما المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال إليها

التي لا ملك لاحد فيها كسيحون والفرات ودجلة والى ارزاق القضاة والمحتسبين والعاملين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا تخمس به ولا شيء منه لهم قالوا وهو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رح فيهما وفي بعض النسخ فيها اي الارض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال اجلا السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة اي اخرجهم فجلوا اي خرجوا واجلا القوم ايضا خرجوا فكل من جلا بالهمزة وبدونها يتعدى ولا يتعدى وقد مذهب الشافعي ان كل مال اخذ من الكفار بلا قتال عن خوف او اخذ منهم للكف عنهم يخمس وما اخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد يخمس ولاحمد في الفيء روايتان الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف الى ما يصرف اليه خمس الغنيمة عنده على ما مر وذكروا ان قوله في الجزية خالف الاجماع قال الكرخي ما قال به احد قبله ولا بعده ولا في عصره وجه قوله القياس على الغنيمة تمامه انه مال ماخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المص بعمله عليه الصلوة والسلام فانه اخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على اهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط من ذلك انه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقلة ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل لو فرعنا طاقة ودعيد خلافه وان كان فيه ضعف اخرجه ابو داود عن ابن عدي بن عدي الكندي ان عمر بن عبد العزيز كتب الى من سأله عن مواضع الفيء انه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد لاهل الاديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم واما ما في السنن عن عمر رض كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على اهل بيته نفقة سنة فما بقي جعل في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله ومعناه ان التصرف فيما كان اليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا فان مصالح بيت المال اذ ذاك لم يكن اكثر من نفقة الائمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح وهو نفقته عليه الصلوة والسلام اذ لم يكن اذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر واما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بانه كان يفعل ما تحققت له في قدرته عليه اما القياس ففي تقرير المص دفعه وهو قول ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك لكل من باشر الغانمين بقوة يتطلبين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقي للغانمين بمعنى في هذا الصنعة وهو ما ذكرنا من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن الغاصة مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا اي في دار الاسلام ثم ظهر على الدار المنقول عنها فذلك كله فيء اما المرأة والاولاد الكبار فانهم حربيون وليسوا باتباع الذي خرج لانهم كبار وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا يكون فيئا موقوفا لما قلنا في باب قسمة الغنائم من انه جزء منها واما الاولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك فكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه بالاسلام باختلاف الدارين فبقي الكل فيئا فاما اذا اسلم في دار الحرب ثم جاء الينا فظهر على الدار وباقي الصورة بحالها فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم ولو كان في بلدة اخرى غير البلدة التي هم فيها اذ الدار واحدة وما كان له من مال اودعه مسلما او ذميا فهو سالم له لانه في يد محترمة ويده كيده لانه نائب عنه في الحفظ بخلاف ما لو كان في يدهما غصبا فانه يكون فيئا لعدم النيابة وعند ابي يوسف ومحمد يجب ان لا يكون فيئا الا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الائمة الثلاثة وتقدمت المسئلتان مع اخريين في باب الغنائم مستوفى قوله واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ فله ورثة مسلمون هناك لاستيفاء القصاص والدية فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد وهو قول مالك واحمد لانه اراق دما معصوما بالاسلام لكون الاسلام مستحقا للكرامة وهذا

ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد وهو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

لان العصمة اصلها العصمة المؤثمة لحصول الزجر بها اي بالعصمة ولو قال به اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة كمال فيها اي في اصل العصمة لكمال الامتناع به اي بالتقوم على المنتهك لها فتعلق هذه العصمة بما علق به الاصل اعني المؤثمة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فتنصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه في القتل الخطاء لم يستند على منع القصاص في العمد كتبنا بما ذكره في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى افاض في تفاصيل موجبات القتل الخطاء فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف انه تمام الموجب فانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال وجب كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه وزاد المصنف وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقريبا ان الفاء للجزاء والجزاء الكافي فيقال جزا فلان اي كفاه وهو سهو لان لفظ الجزاء المحمول معنى الفاء لفظ اصطلاحي اي جعلي لا ان اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء اي دالة على ان ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتامل هو لان العصمة المؤثمة في الاصل بالآدمية لا بوصف الاسلام لانه خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها لا يمكن الا بحرمة التعرض له وانما زالت بعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس لان التقوم يؤذن بجبر الفائت ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس وكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة في الاموال في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر فاوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتل في دارنا الدية اجاب بانهما من اهل الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء واما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا فقد قال عليه الصلوة والسلام الا بحقها ومن حقها ان يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو والا ان هذا لا ينهض في الاسير المسلم قوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل دار الاسلام بامان فاسلم ثم قتله خطأ فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة بالاسلام والدار خطأ ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالعرض لان المأخوذ ملكه بل ما يوضع في بيت المال وان كان قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي اسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية منه بطريق الصلح لا الجبر لان موجب العمد عندنا القصاص عينا الا ان يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة اخرى هو ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين فربما هو انفع في ر انه وبما ذكرنا ظهر ان الاولى ان يقول وهذا لان الدية قد يكون انفع والا كان يتعين الصلح منه عليها واما ان يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتي قبلها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا اقتله لانه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنا فاشتبه من له القصاص فلا يستوفى

باب العشر والخراج

قال: أرض العرب كلها أرض عشر، وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام، والسواد أرض خراج، وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن الثعلبية، ويقال من العلث إلى عبادان، لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب، ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم، وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق، ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف، وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة، ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص، وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام. قال: وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها، لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها، وقد قدمناه من قبل. قال: وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم، والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج، وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج، وكذا إذا صالحهم، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر، والخراج أليق به، ومكة مخصوصة من هذا، فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج.

كالمكاتب الذي قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولنا أنه لا يعلم المولى ولا هو في مظنته واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد إذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الأمر سواء لأنه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

باب العشر والخراج لما ذكر ما يصير المستأمن به ذميا ذكر ما يتوجه من الوظائف المالية إذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي تغايرهما كثرة فأوردهما في باب وقدم خراج الأرض لأن الكلام فيه كان بقرب قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الأرض لأنها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لأن فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الأرض أو نماء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس وحدد الأراضي العشرية والخراجية أولا لأنه أضبط فقال أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب وهو ماء لتميم وذكر ضمير الأرض باعتبار خبره وهو لفظ ما في قوله ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن وفي بعض النسخ وهو على الظاهر وحجر بفتح الجيم وإسكانها خطأ لأن أبا يوسف قال حد أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلى أقصى صخر باليمن فعرف أنه حجر بالفتح والمراد إلى آخر حجر من حجارة اليمن وهو آخر حجر منها أي قرية في آخر موضع من اليمن وقوله من أول عذيب القادسية إلى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة طولها وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج إلى مشارف الشام أي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخي وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لأن بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وتسمى حجازا لأنه حجز بين تهامة ونجد والسواد أي سواد العراق أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضا ومن العلث إلى عبادان طولا ويقال من الثعلبية إلى عبادان قيل هو غلط لأن الثعلبية بعد العذيب بكثير إذا عرف هذا فأرض العرب كلها عشرية لأنه عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولو فعلوه لقضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقع ولأن شرط الخراج أن يقر أهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ولأنه كما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أرضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي لأن عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين وإنما يحتاج إلى ذلك في تقدير الموضوع وقوله ووضع على مصر إلخ أسند الواقدي إلى شيخه من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤوسهم والخراج على أرضيهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وأسند أيضا إلى عمرو بن الحارث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجهم إلى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج إليه ولقد استبطأه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من أن مصر فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي عمرو بن العاص وأما وضع الخراج على أرض الشام فمعروف قيل ومدينة الشام فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وفي دالها الفتح في المشهور والكسر قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقدمناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات قوله وكل أرض أسلم أهلها عليها أحرزوا ملكهم فيها وفتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهي عشرية لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة ولأنه أخف حيث

وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج **قال** ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رح معتبرة بحيزها فان كان من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده كلها عشرية باجماع الصحابة رض لان حيز الشئ يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رض وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رح ان احياها ببير حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه

يتعلق الواجب بنفس الخارج فلا يؤخذ ما لم يكن خارجا فهو اليق بالمسلم وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم الا ان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل ان شاء الله تعالى ومكة مخصوصة من هذا العموم فانها فتحت عنوة على ما اسلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة ولم يوظف عليها خراجا ونخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم اخرج مسلم عن ابي هريرة انه ذكر فتح مكة فقال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث ابا عبيدة على الحسر فاخذوا بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة قال فنظر الي فقال يا ابا هريرة قلت لبيك يا رسول الله فقال اهتف لي بالانصار فلا ياتيني الا انصاري فهتفت بهم فجاؤا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم ووبشت قريش اوباشا فقال لهم ترون الى اوباش قريش واتباعهم ثم قال بيديه فضرب احدهما على الاخرى احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال ابو هريرة فانطلقنا فما نشاء احد منا ان يقتل ما شاء منهم الا قتله الحديث بطوله فاضمم هذا الى ما سبق وقد ذكر البيهقي ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس فتحتا عنوة لعمر رض على يدي ابي موسى وعثمان بن ابي العاص وعتبة بن غزوان وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة واما خراسان فقد فتحت صلحا في خلافة عثمان على يدي عبد الله بن عامر بن كريز واما ما وراء النهر ففتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على يدي المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري ففتحها ابو موسى في خلافة عثمان صلحا وفي ولايته فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحها عبد الله بن عباس في خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن واما الجزيرة ففتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فاداء الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل

واما اليمامة فافتتحها ابو بكر رض واما السند فافتتحها قاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ وقد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع او زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري وفي الجامع الصغير الخ وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدوري كل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج مطلق فهو اعم من ان يصل اليها ماء الانهار او لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع ان الارض التي اقر اهلها عليها لو كانت تسقى بعين او بماء السماء لم تكن الا خراجية لان اهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم ارض عشرية ومعلوم ان العشرية قد تسقى بعين او بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك اما في الابتداء فهو ايضا يمنعه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال فصارت ارض خراج وكل ارض يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وكل ارض لا يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيها عين فهي ارض عشر والاراضي التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر فقوله وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج عطف على كل ارض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج وكل ارض لم تفتح عنوة ووصفها انها يصل اليها ماء الانهار

قال والخراج الذي وضعه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكَرْم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رض فانه بعث عثمان بن حُنيف حتى يمسح سوادَ العراق وجعَلَ حُذيفة مُشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب

فهي ارض خراج وحاصله تقسيم ارض الخراج الى ما فتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار نعم يجب تقييد الاول بان يقر اهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوم اذ لا يبتدئ المسلم في اول الفتح قط بتوظيف الخراج في الاراضي المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن الانهار العظام كالنيل والفرات الحاصل ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التي احياها ذمي فان التي فتحت عنوة مما يبتدئ فيها التوظيف غير المقسومة والمقر اهلها عليها ليس الا الموات التي احييت وتتميم المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج اذا اقر اهلها عليها وكل ارض لم تفتح عنوة بل احياها مسلم ان كان حفرها انهارا تسيل اليها ماء الانهار فهي خراجية او ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول ابي حنيفة ولو شرح كذا استغنى بها عن ذكر المسألة التي تليه فانها هي وحاصلها ان محمدا قال فيمن احيى ارضا ميتة ببئر حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات وباقي الانهار العظام التي لا يملكها احد او بالمطر فهي عشرية وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهي خراجية لان الاعتبار في مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر الماء لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فيصير خراجية عليه وعند ابي يوسف يعتبر بحيزها اي بما يقرب منها فان كانت من حيز اراضي الخراج اي بقربه فخراجية او ارض العشر فعشرية لان القرب من اسباب الترجيح فيترجح كونها خراجية بالقرب من ارض الخراج وعشرية كذلك واصله فناء الدار يعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها فهو غير مملوك له ومن اجل ان له حق الانتفاع لو قال المستاجر للاجير احفر لي في فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفر فحفر وافلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستاجر لان كونه فناء منه لتسليه اياه يملكه كما في اطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحطب وربط الدابة غير ان ابا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فانها عشرية وان كانت من حيز ارض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره ابو عبيد فابو يوسف ترك القياس فيها كذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الخ ان المراد بموضوع المسألة اعني قوله ومن احيى ارضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك حتى لو احياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء او نحوه او لا وسواء كانت عند ابي يوسف من حيز ارض الخراج او العشر وظهر منه ايضا ان كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فاذا سقى بمائها وجب فيه **قوله والخراج الذي**

وظفه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي هو الصاع ثمانية ارطال خلافا لابي يوسف ثم نص على الصاع ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف حدثني السري عن الشعبي عن عمر بن الخطاب رض فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة يزرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا او لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج هو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة او شعيرا او سمسما او ذرة قاله الطحاوي والحسن والدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست قبضات وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله يقتضي ان الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه ان تتحد الواجب هو قفيز ودرهم مع اختلاف

ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها

المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف اخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها واما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شيء فيما [illegible] من الخارج وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه وقيد بالاتصال انها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة لا شيء فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه على ما في الزرع وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة ارضها فهي كرم كذا في الهداية [illegible] في شرح الطحاوي ولو انبت ارضه كرما فعليه خراجها الى ان يطعم فاذا اطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان اقل فنصفه الى ان ينقص عن قفيز ودرهم فان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى ان يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه في ذلك فقال انه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وهو الذي اخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن ابي طالب رضي الله عنه حين اخى بين المهاجرين والانصار وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم [illegible] بان اجماعا منهم قال شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج ولا يخفى ان مرجع اسم الاشارة الست والثلثون الف الف اي وضع على الجريان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية ابي يوسف به وهو منقطع لان الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم ان الرواية عن عمر رضي الله عنه اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن ابي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على اهل السواد على كل جريب ارض يبلغه الماء عامرا او غامر درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم [illegible] ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للارض وعن ابي اسامة عن قتادة عن ابي مجلز قال بعث عمر رضي الله عنه عثمان بن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر اربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال ابو عبيدة في كتاب الاموال حدثنا هشيم بن بشير انبانا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى ان قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من ارض اهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر اربعة دراهم وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال واخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رايت ما بينها من الاختلاف وما لك يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فيفوض الى اجارته كما هو الرسم الان في اراضي مصر فان الماخوذ الان اجرة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعد ما قلنا ان ارض مصر خراجية والله اعلم لانه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا ان لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة لعدم وجود ما ينفقه سواه ولذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسباي نحو ارض مصر ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك واحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة او شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر رضي الله عنه صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها اقل وبعضها اكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا اشهر رواية وارفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة لانه يبقى على الابد بلا مؤنة واكثرها ريعا والمزارع اكثرها مؤنة لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحرث والحصاد والدياس والتذرية في كل عام والرطاب بينهما لانها لا تدوم دوام

قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على حقيقة الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس

الكرم ويتكلف لعملها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة وصار كقوله عليه الصلوة والسلام ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر قوله وما سوى ذلك اي من الاراضي التي فيها اصناف غير ما وظف فيه عمر رضه كالزعفران والنخيل الملتفة كالبستان يصلح نظيرا لانه ارض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة يوضع على ذلك بحسب الطاقة فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع والرطبة يؤخذ خراج الرطبة او الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج لان التنصيف بعد ما كان لنا ان نقتلهم ونتملك رقاب الاراضي والاموال عين الانصاف قوله فان لم تطق ما وضع عليها بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا افاد في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق ان يكون الخراج خمسة بان كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز ان ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفي هذا لا فرق بين الارضين الذي وظف عليها عمر رضه ثم نقص نزلها ونقصت الآن او غيرها واجمعوا على انه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضه في الاراضي التي وظف فيها عمر رضه او امام آخر مثل وظيفة عمر رضه كره في الكافي واما في بلد اراد الامام ان يبتدئ فيها التوظيف فعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يزيد وقال محمد يزيد وهو قول مالك واحمد ورواية عن ابي يوسف وقول الشافعي له ذلك معنى هذا اذا كانت الارض التي قسمت بعد الامام عمر رضه تزرع الحنطة فاراد ان يضع عليها درهمين وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان ويؤيده ما ذكرته عن حمل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل ارض عمر رضه ومنعه ابو يوسف بان عمر رضه لم يزد حين اخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون اخاف ان تكونا حملتما الارض ما لا تطيق قالا حملنا امرا هي له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر رضه فقال ارض كذا وكذا يطيقون من الخراج اكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل قوله وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه اما في غلبة الماء والانقطاع فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج واما في الاصطلام فلفوت النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشائخ حملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقي لا يسقط الخراج لانه عطلها وفي الفتاوى الكبرى تكلموا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة او الشعير ام اي زرع كان وان المعتبر مدة تمكن الزرع فيها او مدة تبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني لان ادارة الحكم على حقيقة الخارج وان اسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان واما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشائخ هذا واعادة الزرع تستدعي نوعا كالاول فان اخرج شيئا فنقصان ان يفي بالخراجين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تجبر اصل مال الزرع وكذا ان زرع قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتا وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا بشرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها خراج السنة الماضية ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم المشتري يأخذ الخراج عنها

ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاءه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رض اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رح يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض

المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في اثناء السنة فان بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع وما عن ابي يوسف انه يدفع للعاجز كفاية من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح ايضا ومن فروع ذلك ما اذا انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا اخذ منه خراج الاعلى وهو الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة على المسلمين قالوا ولا يفتى بهذا حذرا من تسليط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم ان ارضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله لما قلنا من ان فيه معنى المؤنة والمسلم من اهل المؤنة كالعشر والا جر ما تحملناه وبقاء ما تقرر وجبا اولى ولان وضع عمر رض بموافقة جماعة الصحابة رض ما كان الا ليجد الذين يجيئون من المسلمين بعد اهل الفتح ما يسد حاجتهم وفتح هذا الباب ... هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه وتنقيته من الكلفة وتجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المص وقد صح ان الصحابة اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها قال البيهقي قال ابو يوسف القول ما قال ابو حنيفة انه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي وشريح ارض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها ثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي انه قال لعمر رض اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر انت فيها مثل صاحبها قال البيهقي واخبرنا ابو سعيد ثنا ابو العباس الاصم ثنا الحسن بن علي بن عفان ثنا يحيى بن آدم ثنا ابن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال اسلمت امرأة من اهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رض ان اختارت ارضها فادت ما على ارضها فخلوا بينها وبين ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين ارضهم وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب ان دهقانة من ارض نهر الملك اسلمت فقال عمر رض ادفعوا اليها ارضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ثنا هشيم بن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدي ان دهقانا اسلم على عهد علي رض فقال علي رض انه علي ان اقمت في ارضك رفعنا عنك الخراج عن راسك واخذنا ما عن ارضك وان تحولت عنها فنحن احق بها وقال ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي قالا اذا اسلم وله ارض وضعنا عنه الجزية واخذنا خراجها قال المص فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداء المسلم من غير كراهة وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل فلو قال من المسلم كان اولى وهو بناء على تعليقه بلفظ اخذه وهو غير مقصود فان الاخذ ليقوم بالامام وليس المقصود افادة انه هل يكره للامام اخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك الاخذ منه هل يكره له ذلك او لا فيجب لفظ للمسلم فيتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روي انه عليه الصلوة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا منه ان الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر قعدوا عن الغزو فكر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة لما ذكرنا اذ لا شك في انه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء الا ترى انه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة قوله ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي ومالك واحمد يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيه معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج

المتقشفة

مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب فى ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر

فى ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان فى ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر

فى العشر تحقيقا وفى الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج

بتكرر الخارج فى سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه فى كل خارج

تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر او الخراج قال المصنف ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج فى ارض مسلم وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي فى الكامل عن يحيى بن عنبسة ثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على ابى حنيفة وانما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى ووصله اخرجه ابن ابى شيبة بنحوه عن الشعبى وعكرمة ثنا ابراهيم بن المغيرة ختن لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولى عن الشعبى قال لا يجتمع عشر وخراج فى ارض وقال ثنا ابو نميلة ثنا يحيى بن واضح عن ابى المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج فى مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه ليكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهب الجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال واما قوله ولان احدا من الائمة فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع فى الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى الملاك فلم يتعين قول صحابى بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضى ان ليس عمر بن الخطاب رض على منع الجمع لانه كان متبعا مقتفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه فى جواب المسائل فى مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه فليفدك ذلك ثم الحق منع اتحاد السبب وجعل السبب فيهما نماء الارض ولا مانع ان تعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع ان العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلوة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضى ان يؤخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد الحكم يتعدد بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية الا انه يعتبر النماء فى العشر تحقيقا لانه اسم لما فى خارج فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره وفى الخراج تقديرا ولهذا ايضا فانه يضافان اليها فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديرى غير الارض مع التحقيقى مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هى السبب فاذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكوة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب واما قوله ولان الخراج يجب فى الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر فى الارض اذا اسلم اهلها ولازم الاول الكره ولازم الثانى الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقر اهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل الصلح او بان احياها او سقاها بماء الانهار الصغار او كانت قريبة من ارض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذى يغلب على الظن ان الراشدين من عمر وعثمان وعلى رضوان الله عليهم اجمعين لم يأخذوا عشرا من ارض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج بهذا تقتضى العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك فى غاية البعد ارأيت اذا كان العشر وظيفة فى الارض التى وظف فيها الخراج على اهل الكفر بل يقرب ان يتولوا اخذ وظيفة ويكلهم الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على ادائه من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة صح دليلا لفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابى لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفى وكذا الرجم مع الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر والشافعى رح يوافق فى الجلد مع الرجم وما سواه يجمع وكذا الزكوة مع احدهما اى العشر او الخراج خلافا للشافعى رح وصورته اذا اشترى ارض عشر او خراج بقصد التجارة عليه العشر او الخراج وليس عليه زكوة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج الزم للارض بخلاف الزكوة لانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما

قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا فى سنة بتكرر الخارج على الطريقة التى قدمنا ذكرها وقد يوازى بها تسلق الحنا

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا. وقال الشافعي رح يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رض خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني

بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ شيء فان اثبت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب ان يعطل الارض عن الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من ارض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي ان يطالب بذلك الناظر

باب الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب اسلموا او لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا اطلق فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وانما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح عليها فيتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر اصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على الفي حلة في العام على ما في ابي داود عن عبد الله بن عباس رض قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رض نصارى بني تغلب على ان يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزمه ذلك وتقدم تفصيله في الزكوة قال ابو يوسف رح في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اهل نجران بعد ان قال على الفي حلة كل حلة اوقية يعني قيمتها اوقية فقيل لو الواجب كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية اربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم واراضيهم قال ابو يوسف رح فاما على اراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من ارض بني نجران وان كان بعضهم قد باع ارضه او بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في اراضيهم اما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان انتهى يعني انه ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم ارضه او لم يبع ثم اذا باع يؤخذ ما وقع على السابع على حاله ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشره من التغلبي المشتري وقول معمر على الفي ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله في بني نجران فان النجران اسم ارض من حيز اليمن لا اسم قبيلة فكذا كان الثابت في الحديث اهل نجران الضرب الثاني جزية يبتدئ الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار ففتح بلادهم واقرهم على املاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا او ابوا رضوا او لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية واربعين درهما بوزن سبعة يأخذ من احدهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى اوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم اي بالغ دينارا او اثني عشر درهما قال بعض مشايخهم الامام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر درهما الا ان عمر قضى بذلك وعند عامة اصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للامام ان يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دنانير وقال مالك رح يأخذ من الغني اربعين درهما او اربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم او دينارا وقال الثوري وهو رواية عن احمد هي غير مقدرة بل مفوض الى راي الامام لانه عليه الصلوة والسلام امر معاذا باخذ الدينار وصالح هو عليه الصلوة والسلام نصارى نجران على الفي حلة وعمر رض جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على انه لا تقدير فيها معين بل مفوض الى راي الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن احمد رح روايتان اخريان احدهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي رح وجه ما رواه ابو داود والترمذي والنسائي عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ رض قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن

ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت

بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر

وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية

... من البقر من كل ثلثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي
حسن صحيح وذكر ان بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو اصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى
ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق ثنا معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث
معاذا الى ان قال ومن كل حالم او حالمة دينارا او عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال
ابو عبيد وهذا والله اعلم فيما نرى منسوخ اذ كان في اول الاسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ويستدل لذلك بما روى الصعب بن
جثامة ان خيلا اصابت من ابناء المشركين فقال عليه الصلوة والسلام هم من آبائهم ثم اسند ابو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن اولاد المشركين انقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس و
المعافري ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذه الثياب المعافرية
وبه ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتبي البرود المعافرية منسوبة
الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولذا لم تجب على من لم يجز
قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير لان كلا منهم يقتل قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم اجمعين
ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج ووضعا على
الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا اخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون
محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر
درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا ابو نعيم ثنا مندل عن الشيباني عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة ان عمر وضع الخ وطريق آخر رواه ابن سعد
في الطبقات الى ابي نضرة ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع الجزية على اهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الخ ومن طريق آخر اسنده ابو عبيد القاسم بن سلام
الى حارثة بن مضرب عن عمر انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم بلا نكير فحل محل
الاجماع ثم عارض المصنف ما رواه بقوله ولانه اي الجزية وجبت نصرة للمقاتلة اي خلفا عن نصرة مقاتلة اهل الدار لان من هو من اهل دار الاسلام عليه نصرتهم
وقد فاتت بميلهم الى اهل الدار المعادين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فيختلف باختلاف
حالهم لان نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصر راكبا ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف وذلك لان النصرة تتفاوت بكثرة
الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزية والحقها بخراج الارض فانه وجب على التفاوت واورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم ان لا يؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين
سنة متبرعين او بطلب الامام منهم ذلك والحال انها تؤخذ منهم مع ذلك اجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه
ان النصرة التي فاتت نصرة المسلمين فنصرة الاسلام فاتت بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها وستعلم
ان الجزية خلف عن قتله ونصرتنا جميعا قال وما رواه من وضع الدينار على الكل محمول على انه كان صلحا فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا
... او لان اهل اليمن كانوا اهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء يدل على ذلك

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الاية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس **قال** وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رح هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا

ما روى البخاري عن ابن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شان اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار واعلم انه سيجيء ما يفيد ان الجزية خلف عن قتلهم والموجب انما خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعًا لا عن احدهما فقط فهي عن المجموع ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر ومن ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل اي المكتسب وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن ابي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض **قوله** وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى يدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى او قال هم من اليهود فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضيخان وتؤخذ اي الجزية من الصابئة عند ابي حنيفة خلافا لهما واطلق في اهل الكتاب فشمل اهل الكتاب من العرب والعجم واما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رض اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهذا قول المصـ ووضع عليه الصلوة والسلام الجزية على المجوس وهجر بلدة في البحرين **قوله** وعبدة الاوثان بالجر اي وتوضع على عبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه الى الجزية في حق اهل الكتاب بالقرآن اعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية وفي المجوس بالخبر الذي ذكرناه في صحيح البخاري فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم بجامع ان كلا من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر انه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فقد ادى حاصل نفسه الينا او بعضا فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لاصولهم في الكفر فكانوا اتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل اتباعه في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة **قوله** وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية **قوله** ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان كفرهم بعدما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي يسترق مشركوا العرب وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق اتلاف

واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين

ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم

الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث

معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل

حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون اي الى ان يسلموا وروي عن ابن عباس انه عليه الصلوة والسلام قال لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام او السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنه وقال او القتل مكان او السيف وعنه عليه الصلوة والسلام لا رق على عربي واخرجه البيهقي عن معاذ ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على احد من العرب رق لكان اليوم وقال المصنف وجوابه ما قلنا يعني من ان كفره اغلظ فلا يكون له حكم الاخف منه قوله واذا ظهر عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء يسترقون لانه عليه الصلوة والسلام استرق ذراري اوطاس وهوازن وابو بكر رضي الله عنه استرق بني حنيفة اسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان خالد بن الوليد صالحهم على ان يؤخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فاخرج السلاح والكراع والاموال والسبي ثم قسم السبي قسمين واقرع على القسمين فخرج سهمه على احدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني ابو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن اسماء بنت ابي بكر الصديق رضي الله عنه قالت قد رأيت ام محمد بن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنيفة ويسمى ابنها ابن الحنيفة قال حدثني عبد الله بن نافع عن ابيه قال كانت ام زيد بن عبد الله بن عمر رضي الله عنه من ذلك السبي وحنيفة ابو حي من العرب سمي به لان جذيمة ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضيخان واما الزنادقة فقالوا لو جاء زنديق قبل ان يؤخذ فاخبر انه زنديق وتاب تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا يؤخذ منه الجزية قوله ولا جزية على امرأة ولا صبي وكذا على مجنون بالاخلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي او عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك ولا على اعمى وزمن ولا المفلوج وعن الشافعي يؤخذ منهم لاعتبارها اجرة الدار ولا تؤخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب وعن ابي يوسف تؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي في الحرب وجه الظاهر انه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله لما بينا والجزية بدل عنهما ويقال له من الرجل كعلم به زمن زمانة قوله ولا على فقير غير معتمل اي الذي لا يقدر على العمل وان احسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وهو قوله عليه الصلوة والسلام خذ من كل حالم ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل اراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا الهيثم بن عدي بن عمر بن نافع حدثني ابو بكر العيشي صلة بن زفر قال ابصر عمر شيخا كبيرا من اهل الذمة يسأل فقال له ما لك قال ليس لي مال وان الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما انصفناك اكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله ان لا تأخذوا الجزية من شيخ كبير ولان خراج الارض كما لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس بجامع عدم الطاقة بحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول على المعتمل بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر رضي الله عنه ليس فيه المعتمل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر اخرجه البيهقي ولا يقال بنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف لانا لا نقول به لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز ان يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل اذا كان صحيحا في اكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام

ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل من القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الاول تجب لان المملوك الحربي يقتل وعلى الاعتبار الثاني لا تجب لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين الوجود والعدم فلا تجب بالشك والوجه ان يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا ولا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا لا نذكره فيما يلي هذه المسئلة ولو كان خلفا عن ابي حنيفة لا يحسن قوله فلا تجب بالشك بل لا تجب بلا شك ثم لا ينبغي ان ذكر ام الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم ان لا جزية على النساء ولعله ابن ام الولد فسقطت لفظة ابن **قوله** ولا يؤدي عنهم مواليهم يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز ان يقال انها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهم فازال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة في الجزية حتى لزمهم جزية الاغنياء بسببهم فلا تؤخذ منهم عنهم شئ آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو انهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شئ آخر وهذا بناء على ان غناء الملاك بهم لانهم مال ويجرون المال بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد يقال هو للواحد رهبان ايضا وشرط ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم فعليه الجزية هكذا ذكر القدوري وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح ووجه الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض المباح من الزراعة ووجه وضع الجزية عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعي رح على ما تقدم انها عندنا بدل من نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل من القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فمتى تخلف احدهما انتفى وجوبها وعن محمد لا جزية على المسكنين قيل يجوز انه اراد من يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز ان يقول هو لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية بان اسلم بعد كمال السنة سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما وكذا لو مات في اثناء السنة او اسلم وفي اصح قولي الشافعي رح لا تسقط فيهما ايضا وعلى هذا الخلاف لو عمي او زمن او اقعد او صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شئ لان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التي تثبت للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي رح او بدلا عن السكنى في دار الاسلام كما هو قول آخر له وقد وصل اليه العوض وهو حقن دمه وسكناه الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا للبدل فتقرر البدل دينا في ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذي هو موته او اسلامه كسائر الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل ادائه ولنا ما اخرجه ابو داؤد والترمذي عن جرير عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال ابو داؤد وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس في سند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به عن جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه تعميم موته واسلامه بهذا الحديث ونحوه واجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق

لأنها وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا وقد عجز عنها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت بكونه آدمياً والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزيتان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً وكذلك إن مات في بعض السنة أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضاً والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه ولأبي حنيفة رحمه الله أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائماً والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزاً ويقول أعط الجزية يا ذمي وقيل يا عدو الله فثبت أنه عقوبة والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولأنها وجبت بدلاً عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لأن الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازاً وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة رحمه الله بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رحمه الله في آخره اعتباراً بالزكوة ولنا أن ما وجب بدلاً عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه فتعذر إيجابه بعد مضي الحول فأوجبناها في أوله

إذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالإسلام وكذا خراج الأرض وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل للإجماع فإن عقلت حكمة فذاك وإلا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الأرض والجزية واضح إذ لا إذلال في خراج الأرض لأنه مؤنة الأرض كي تبقى في أيدينا والمسلم من سعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لأنها ذل ظاهر وشنار وأما الاسترقاق فلأن إسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فإنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلاً عن العام ليس كالملك الخاص **قوله** ولأنها أي الجزية إنما وجبت عقوبة عن الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة وعلى العقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الأول ولذا أخذت بطريق الإذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه فتسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حد ثبت عليه ولأن العقوبة الدنيوية لا تكون إلا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد اندفع بالموت والإسلام وهذا لا ينافي كونها بدلاً أي خلفاً عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره الذي هو سبب حرابته دفعاً لها باضعافه بأخذها منه وبدلاً عن نصرته الفائتة بكفره وإذا كانت خلفاً أيضاً عن النصرة انتفت بالإسلام لأن شرط الخلف عدم القدرة على الأصل وقدرته عليها بالإسلام وأما قوله إنها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أو للطهور خلافة فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلاً عن السكنى قلنا الذمي يسكن ملك نفسه فلا يكون أجرة ولأنه بعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكينه من الإقامة بها والأحسن ترك الكلام في إبطال الأمرين فإن العصمة الأصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالعصمة ويكفي ما ذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن إقامتها وهذا لأنها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي إلى حرابته ولا يمكن من إقامة هذه العقوبة على الاستمرار إلا بالعصمة **قوله** فإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت أي الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولأداء إلى ذلك من أول الأمر وبتقدير مضاف أي جزيتا حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الأقطع وإن اجتمع عليه حولان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الأخرى لم تؤخذ منه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تؤخذ منه فإن مات عند تمام السنة لم تؤخذ منه في قولهم جميعاً وكذا إن مات في بعض السنة أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف فإذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراجها حينئذ عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى وقيل لا تداخل فيؤخذ ما مضى بالاتفاق لهما في الخلافية وهي تداخل الجزية أن الخراج أي الجزية لأنها خراج الرأس وجب عوضاً والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها على الوجه المأمور به تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنتين لأنه ما دام كافراً أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والإذلال له بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه ولأن المسلم لا يجب إذلاله بل يحب توقيره وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضاً وكون المتخلص فيها أعواضاً خلاف ما تقدم وأنه يقول الشافعي رحمه الله اللائق فإنه أريد بالأعواض الأجزية الواقعة عقوبة ثم عليها وجه أبي حنيفة رحمه الله القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الإفطار في رمضان مع أنها عقوبة وعبادة غير أن الراجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله ولهذا الخ استيضاح على أنها عقوبة يعني لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطي قائماً والقابض جالس وفي رواية يأخذ بتلبيبه

فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة

وهو ما يلي صدره من ثيابه ويقول اعط الجزية يا ذمي وقبولها من النائب يفوت المأمور به من اذلاله عند الاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ثم وجه آخر انها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن بمعنى عن القتل في المستقبل لتحقق في المستقبل لان القتل انما يستوفى لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه بانقضائه فانقضت الحاجة فيه الى شيء من الاشياء وفي المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد رح في الجامع وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي للسنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع في الحولين او في الجزيتين فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول اول السنة فان مجيء الشهر بمجيء اوله ومجيء السنة بمجيء اولها والاصح هو هذا فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعي رح في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا انما وجبت الجزية بدلا عنه وعن النصرة والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررنا من ان القتل انما يستوفى لحرب قائم في الحال لدفعه الشر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يتحقق ذلك في المستقبل بخلاف الزكوة لان الوجوب بمعنى المال النامي فلا بد من الحول لتحقق الاستيفاء فلم يجب قبله لعدم تمامه وبذلك قبله ثم قيم الحول مقام النماء لانه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا

فصل لما كانت هذه احكام تتعلق بالذمي باعتبار غيره او بما ينبغي باعتبار نفسه قدم تلك **قوله** ولا يجوز احداث بيعة بكسر الباء ولا كنيسة في دار الاسلام وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة والكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المص عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان في قرى ديارنا ايضا لا تحدث في هذا الزمان والمروي عن صاحب المذهب يعني ابا حنيفة رح كان في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة في شرحه كتاب الاجارات الاصح عندي انهم يمنعون عن ذلك في السواد وان كان في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون واما القرى التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا فصار اطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدوري منعها في دار الاسلام والصومعة وهو ما يبنى للتخلي عن الناس والانقطاع فيها لهم مثلها فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدوري وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها قال المص لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير انهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء كان اماما في زمن الصحابة رض او التابعين او بعدهم ثم قيل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة وكنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شيء بالاجماع وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية يجب وعندنا ان جعلهم ذمة امرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلوتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعي ورواية عن احمد لان الصحابة رض فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رض من عدم احداث شيء منها ويمنعون

وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنازير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر معه اي التجاهر به اي اظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع انتهى وقال محمد كل قرية من قرى اهل الذمة او مصرا او مدينة لم اظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن وقد علمت ان البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها واما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة انها لا تهدم وعمل الناس على هذا فانا راينا كثيرا منها توالت عليها ائمة وازمان وهي باقية لم يأمر امام بهدمها فكان متوارثا من عهد الصحابة رض وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير او كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي ان لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت في الضواحي فادير السور فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي ان لا تهدم لانها كانت في امصار قديمة ولا شك ان الصحابة رض والتابعين رض حين فتحوا المدينة علموا بها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف انها فتحت صلحا حكمنا بانهم اقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار فانظر الى قول الكرخي اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الخلاف بقوله عليه الصلوة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال المصنف المراد احداثها لو بذا لان البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة رض في الصلح وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سننه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه ابو عبيد القاسم بن سلام ثنا عبد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد حدثني توبة بن نمير الحضرمي قاضي مصر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة وقال روى ابو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن ابي الخير قال قال عمر بن الخطاب لا كنيسة في الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة في الاسلام ولا يجدد ما خرب منها واعل بسعيد بن سنان واذا تعددت الطرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النساء قوله وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمكنون من السكنى فيها فلا فائدة في اقرارها الا ان تتخذ دار سكنى ولا يباع فيها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من ان تتخذ ارض العرب مسكنا او وطنا بخلاف امصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناه ولا خلاف في ذلك وذلك لقوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب اخرج اسحق بن راهويه في مسنده انبانا النضر بن شميل ثنا صالح بن ابي الاخضر حدثني الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب او قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكوة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فاني مجليكم قال فاجلاهم عمر رض وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك في الموطا قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر رض عن ذلك حتى اتاه اليقين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر واجلى يهود نجران

قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه لو كان مسلما ينتقض ايمانه فكذا ينتقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه

وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنه لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال اخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام وسميت جزيرة لانحسار المياه التي حواليها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الزهري سميت جزيرة لان بحر فارس وبحر السودان احاط بجانبيها الجنوبي واحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذري في مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها وروى انها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخاري عن المغيرة قال هي ارض مكة والمدينة قوله ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم وحاصل هذا ان اهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كيلا يعامل معاملة المسلم في التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت احدهم فجاءة في الطريق فلا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يامرهم عليه الصلوة والسلام بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم بجميع اهل المدينة ولم يكن لهم زي عال عن المسلمين واذا وجب التميز وجب ان يكون فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير اذاء من ضرب او صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة ولذا امروا بالكستيجات وهو خيط في غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم لان فيه جفاء للمسلمين اي اخلاقا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين وربما مر فوق بحلهم فيقولون الكفار احسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب واليه اشارة بقوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شدة مع حاشيته غليظة من الابريسم فمنعهم من لبس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا او غيره كالصوف المربع والجوخ الرقيق والابراد الرقيق اولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكبارهم واحالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما التصيف لبعض المسلمين خدمة له خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له من الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف او قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار ان لا يركبوا اصلا الا اذا اخرجوا الى ارض قرية ونحوه او كان مريضا الا ان تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف ان المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه اهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة والزم النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطريق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا اتميز دورهم عن دور المسلمين كيلا يقف سائلهم فيدعو لهم بالمغفرة او يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين ويمنعون من لباس يخص اهل العلم والزهد والشرف وتجعل مكاتبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا اردية كارديتهم هكذا امروا واتفقت الصحابة على ذلك قوله ومن امتنع من اداء الجزية او قتل مسلما او زنى بمسلمة او سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده وفيه مباح الدم باعتبار انه لا عهد له عندنا وقيد باداء انها لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده والشافعي ينتقض عهده بالامتناع عن قبول الجزية وعدم قبول احكام الاسلام او لا ينتقض بزناه بمسلمة لو اصابها بنكاح او ان يفتن مسلما عن دينه او يقطع الطريق او يدل على عورات المسلمين او يقتل مسلما وهو قول مالك واحمد الا ان مالكا قال ينتقض باكراه المسلمة على الزنا لانه ينتقض عهده بذلك وفيما سوى هو سب النبي صلى الله عليه وسلم فانه يقتل به ان لم يسلم وو افقه

قال ولا ينقض العهد الا ان يلتحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد

فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رض صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رض ويؤخذ من نساءهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نساءهم ايضا وهو قول الشافعي رح لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها

في هذا الشافعي رح في قول واحمد في رواية وللشافعي رح ايضا فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغي او سبه عليه السلام قولان آخران احدهما لا ينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا انه بذلك ينتقض ايمانه لو كان مسلما فينتقض به امانه الادنى اذ عقد الذمة خلف عن الايمان في افادته الامان فلما انتقض الاصل ينتقض الخلف بالطريق الاولى وروى ابو يوسف رح عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر ان رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف ولنا ان سبه عليه الصلوة والسلام كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنع عقد الذمة في الابتداء فالكفر الطارئ لا يرفعه في حال البقاء بطريق اولى ويؤيده ما روي عن عائشة رض ان رهطا من اليهود دخلوا على النبي عليه الصلوة والسلام فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا قال عليه السلام قد قلت وعليكم ولا شك ان هذا سب منهم له عليه الصلوة والسلام ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قال وحديث ابن عمر رض اسناده ضعيف وجاز ان يكون قد شرط عليهم ان لا يظهروا سبه عليه الصلوة والسلام والذي عندي ان سبه عليه الصلوة والسلام او نسبة ما لا ينبغي الى الله تعالى ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى تقدس عن ذلك اذا اظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين اذلاء بالنص ولا خلاف ان المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافي قيد كون قبول الجزية دافعا لقتله لانه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو ان يكون صاغرا ذليلا واما اليهود المذكورون في حديث عائشة رض فلم يكونوا اهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا اصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم الى ان امكن الله منهم لانه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب انه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للامام قتله او يرجع الى الذل والصغار قوله ولا ينقض عهده الا ان يلتحق بدار الحرب او يغلبوا اهل الذمة على موضع قرية او حصن فيحاربوننا لانهم بكل من الخصلتين صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى فاذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات واذا تاب يقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل امان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته وكذا في حكم ما حمله من ماله الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيئا لعامة المسلمين كالمرتد اذا لحق بماله ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام واخذ من ماله وادخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالوارث احق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين اخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق ففي ولاية يكون فيئا وفي رواية لا ولا يبعد ان يقال انتقاله الى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما وقوله الا انه لو اسر يسترق استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف المرتد اذا لحق ثم ظهر على الدار فاسر لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لانه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل احكامه فجاز ان يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد ان يعود اليه اما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى اخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية

فصل افرد احكام نصارى بني تغلب بفصل لان حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب بن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام

ويوضع على مولى التغلبي الخراج اى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رحمه الله يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فألحق به مولاه

ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه الى الجزية فابوا وانفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما ياخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا اخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم باس شديد وهم عرب يانفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ثم اتفقا وفي رواية ابي يوسف رحمه الله بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه ان بني تغلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان يسقط الجزية من رءوسهم انتهى فعلى كل اربعين لهم شاتان ولا زيادة حتى يبلغ مائة وعشرين ففيها اربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه او لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله قال الكرخي رحمه الله وهذه الرواية اقيس وهو قول الشافعي رحمه الله لان الواجب بكتاب الله عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق يؤيده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم قال اصحابنا واحمد رحمه الله وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكوة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطي جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية والمرأة من اهلها ومن اهل ما يجب من المال في الصلح فيؤخذ بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهما واموالهما لعدم وجوب الزكوة عليهم عندنا بخلاف ارضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض لا بسبب عبادة ليخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكر فيه انه روعي في هذا المال جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكوة اما الاول فلانها حقيقة الجزية واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا بغير وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وقد علمت ان الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدى الامام وضعها شاؤا او ابوا على ما تقدم قوله ويوضع على مولى التغلبي اي معتقه الخراج اي الجزية وخراج الارض وقال زفر رحمه الله يضاعف عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه لقوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم وهذا الحديث استدل لنا به في الزكوة على حرمان مولى الهاشمي الزكوة ولذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكوة من هذا الباب ولنا ان هذا اي وضع الصدقة المضاعفة تخفيف الا لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واستشعاقهم اياه والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف الا يرى ان الاسلام اعلى اسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به ونقض بمولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم يتعد اليه فقال لا يلزم لان الغني من اهل الصدقة في الجملة الا يرى انه لو كان عاملا عليها اعطى كفايته منها وانما الغنى مانع من الاسقاط عن المعطى له شرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لشرفه وكرامته عن اوساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا فالحق به مولاه لان التكريم ان لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم اجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي ليس بمنزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف

قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطي قضاة المسلمين وعمالهم وعلماءهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم

باب احكام المرتدين

قال واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته

الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى فيخص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيضه لما ان نقيضه المولى الاسفل ينسب الى مولاه و وجه آخر بان القياس ان لا يكون المولى منهم ولا ملزوما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث به في منع الزكوة وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام استعمل ارقم بالارقم على الصدقات فاستتبع ابا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة والسلام ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد فان موالي القوم منهم واذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكوة واما الجواب بان قيل لم يوافق زفر به احدا من الفقهاء قيل بل قوله مروي عن الشعبي رح قوله وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وهي مواضع يخاف العدو فيها من دار الاسلام وبناء القناطر والجسور وهي ما يوضع ويرفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع ويعطي قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم فانه تجب نفقته عليهم فلو لم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا لانه مال بيت المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال ومال كذلك وهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد ابي شجاع انه يعطي ايضا للمعلمين والمتعلمين وهذا يدخل طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لانه قيل ان يتاهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولكونه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت وهذا لانه مات قبل تاكد حقه لمجيء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجري فيه الارث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تاكد كسهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما اسلفنا وتقييد محمد رح في الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بانه اذا مات آخرها يعطي ورثته قالوا لا يجب ايضا ولكن يستحب لانه اوفى عناءه اي تعبه في عمله للمسلمين فيستحب ان يعطي وعلل شمس الائمة عدم وجوب اعطائه بعدما تمت السنة ايضا بما ذكرنا في نصفها فافاد انه لا يتاكد الحق بعدما تمت السنة ايضا معولا على انه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضي قصر الارث على حقيقة الارث والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تاكد باتمام عمله في السنة كما قلنا انه يورث سهم الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام لتاكد الحق حينئذ وان لم يثبت له الملك قول فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب ان يصرف ذلك الى ورثته فاما قبل ذلك فلا اعلى قدر عنايته يقتضي ان يعطي حصته من العام ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه يعطي في آخر السنة ولو اخذ في اولها ثم مات او عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد رح احب الي رد الباقي كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان والتمرتاشي والعطاء هو ما يثبت في الديوان باسم كل من ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية في عرفنا الا انها شهرية والعطاء سنوي

باب احكام المرتدين لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر الطاري والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة ابداها كشفت عنه لانه عساه اعترته اي عرضت له شبهة فتزاح عنه وفيه دفع شره باحسن الامرين وهما القتل والاسلام واحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال الا ان العرض على ما قالوا اي المشائخ غير واجب بل مستحب لان الدعوة قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة

المالك

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرًا كان او عبدًا فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابى حنيفة رح وابى يوسف رح انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وعن الشافعى رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر فلابد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربى بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال هذا لانه لايجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

قوله ويحبس ثلثة ايام فان اسلم فبها والا قتل وهذا اللفظ ايضا من القدورى يوجب وجوب الانتظار ثلثة ايام على ما عرف من الاخبار فى مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اى مكانه فانه يفيد انظاره الايام الثلاثة ليس بواجب ولا استحبابا وانما تعينت الثلاثة لانها مدة ضربت لابلاء العذر بدليل حديث حبان ابن منقذ فى الخيار ثلاثة ايام ضربت للتامل لدفع الغبن وقصة موسى عليه السلام مع العبد الصالح ان سألتك عن شىء بعدها وهى الثالثة الى قوله تعالى قد بلغت من لدنى عذرا وعن عمر رض ان رجلا اتاه من قبل ابى موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه فى بيت ثلاثة ايام واطعمتموه فى كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال عمر اللهم انى لم احضر ولم آمر ولم ارض اخرجه مالك فى الموطا لكن ظاهر تبرى عمر رض يقتضى الوجوب ثم قال المصنف تاويل الاول وهو قول القدورى الدال على وجوب امهاله الايام الثلاثة انه يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التاجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك الشبهة او انه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلابد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر جعلت فى الشرع ثلاثة ايام كما فى الخيار ثم قال فى حديث عمر رض المذكور الدال على الوجوب تاويله انه لعله طلب التاجيل وعن ابى حنيفة رح وابى يوسف رح انه يستحب ان يوجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعى رح ان على الامام ان يوجله ثلاثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلابد من مدة يمكنه فيها التامل فقدرناها بثلاثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعى رح انه اذا تاب فى الحال والا قتل لحديث معاذ وقوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد به عدم وجوب الانظار فهذا مبنى والاستدلال مشترك ومن الادلة ايضا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربى وان كان اريد به نفى استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهى لا تقتضى الفور فيجوز التاخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رض وقول المصنف وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ليس بجيد اذ يقتضى كراهة الامهال ثلاثة ايام وهو خلاف المذهب ويخالف ما ذكرنا من ان الامر المطلق لا يقتضى الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء فى قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهى فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار ان المعلول لا يتاخر عن العلة قلنا المعلول هو الحكم الشرعى وهو ايجاب قتله لم يتاخر عن علته المشير له وهو كفره واما ايجاب الامتثال عن الفور فشىء آخر فلا فرق فى وجوب قتل المرتدين كون المرتد حرا او عبدا وان كان يتضمن قتله ابطال حق المولى بالاجماع واطلاق الدلائل التى ذكرناها وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وقيل هو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا برى من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد ان يأتى بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قال الائمة الثلاثة ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وفى شرح الطحاوى سئل ابو يوسف رح عن الرجل كيف يسلم فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ عن الدين الذى انتحله وان شهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال لم ادخل فى هذا الدين قط وانا برى منه اى من الدين الذى ارتد اليه فهى توبة انتهى وقوله قط يريد به معنى ابدا لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفى شرح الطحاوى اسلام النصرانى ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودى كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا فى كل ملة واما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير انهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق انه رسول الله ولا يتم الاسلام به

قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شئ على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركه في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد

هذا فيمن بين اظهرنا منهم واما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا اتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا من قوله هذا انما اراد به الاسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته ايضا وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي رح قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا لا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلي سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخي رح هذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وما ذكر الكرخي رح مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم وعن عمر رض وعلي رض لا تقبل توبة من كررت ردته كالزنديق وهو قول مالك واحمد والليث رح لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا وفي الدراية قال في الزنديق لنا روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك واحمد رح وفي رواية تقبل كقول الشافعي رح وهذا في حق احكام الدنيا اما فيما بينه وبين الله جل اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وعن ابي يوسف لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة فسره بان ينتظر فاذا اظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه او قطع عضوا منه كره ذلك ولا شئ على القاتل والقاطع لان الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك اي القتل او القطع بغير اذن الامام ادب قوله واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها قاتل لا شئ عليه امة كانت او حرة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رح انها تضرب في كل ايام وقدره بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثون سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه بحرة ولا امة وهذا قتل معنى لان موالاة الضرب يفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرا من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب ذلك هو ام لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف جمعا بين الحقين يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن ابي حنيفة رح في النوادر تسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو افتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيئ بالردة من اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام او يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر واجروا احكامهم فيها ويقول للمسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى ان يشتريها من الامام وقد افتى الدبوسي والصفار وابل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا في الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المص على خلاف الشافعي رح قال لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال ولان ردة الرجل مبيحة

وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين وتروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام **قال** ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

للقتل من حيث انها جناية متغلظة هي جناية الكفر وجناية المرأة تشاركها فيها فيشاركها في موجبها وهو القتل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء كما مر من الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة اصليا وعارضا وثبت تعليله عليه الصلوة والسلام بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل في الاجزية ان يتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار اعمال وتلك دار اجزية وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الا لمصالح تعود الينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب القتل بالردة ان يكون لدفع شر حرابه لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه اعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأتى منه الحرب وهو الرجل ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبع تقتل لا لردتها بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست لانها امتنعت عن اداء حق الله تعالى بعد ان اقرت به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن تحبس ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي كتاب محمد قال الشافعي عن ابن عباس رض قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست ولا تقتل وقال الدارقطني عن جابر رض عن امرأة يقال لها ام مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرض عليها الاسلام فان تابت والا قتلت فضعف بمعمر بن بكار واخرجه ايضا من طريق آخر عن جابر رض ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها فابت ان تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن اذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل قال عبد الله بن عطارد ان اذينة منكر الحديث وروي حديث آخر عن عائشة رض ارتدت امرأة يوم احد فامر عليه الصلوة والسلام ان تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه يضع الحديث مع انها معارضة باحاديث آخر مثلها وامثل منها ما اخرجه الدارقطني عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عيسى الجزري قال الدارقطني كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة رض ان امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن اسحق التستري ثنا هرم بن مسلم ثنا محمد بن سلمة الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن ابي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها وتقدم رواية عن ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس رض فيما اسند الدارقطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على ابي حنيفة رح حديثا كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم يروه غير ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين مرفوع بانه اخرجه الدارقطني عن ابي مالك النخعي عن عاصم به فزال انفراد ابي حنيفة رح الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر رض انه في امرأة ولدت ثم ارتدت ان تباع في ارض ذات مؤنة عليها ولا تباع في اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها واخرج الدارقطني عن علي رض المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس **قوله** ويزول ملك المرتد عن املاكه زوالا مراعى اي

قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيئاً وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله كلاهما لورثته وقال الشافعى رحمه الله كلاهما فئ لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربى لا امان له فيكون فيئاً ولهما ان ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابى حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد فى كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده

موقوفاً غير بات فى الحال فان اسلم عادت امواله على حالها الاول وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر امره فعمل السبب وهو كونه كافراً حربياً عمله مستنداً الى وقت الردة كالمشترى بشرط الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستنداً الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعى رحمه الله وتقضى انه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعاً كالرجوع فى الهبة وبه صرح بعض الشارحين ورد عليه ان لا معنى للزوال المراعا والموقوف لانه اما ان يزول اولا فاجاب بانه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعاً والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اى المشائخ هذا عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعى رحمه الله مثل قولهما وبه قال مالك رحمه الله واحمد رحمه الله فى رواية وقولهما قول آخر للشافعى رحمه الله ووجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف الا بماله واثر الردة فى اباحة دمه لا فى زوال ملكه فما لم يقتل تبقى ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه ما لم يقتل ببقاء ملكه ولابى حنيفة رحمه الله انه كافر حربى مقهور تحت ايدينا الى ان يقتل والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف فى المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا يوجب زوال ملكه ومالكيته ومقتضى هذا ان يزول فى الحال على البتات الا انه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه وانس بسبيل الله حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام فتوقفنا فى امره فان اسلم قبل العارض كان لم يكن فى حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب عمله وان ثبت منه احد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربى يملك غير ان مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد حربياً فصار ما يقتضى زوال عصمة نفسه وماله تبعاً وهو لا ينفى قيام الملك فى الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستنداً ولهذا زاد قوله مقهوراً تحت ايدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم ان حقيقة المراد بالردة يزول ملكه زوالاً باتاً فان استمر حتى مات حقيقة او حكماً باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة فان عاد عاد الملك وهما ابراه من الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول ابو حنيفة رحمه الله ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على انه ان عاد وماله قائم كان احق به وجب ان يعمل لهما فنقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعاً هذا وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ ابو نصر البغدادى ان ابا يوسف رحمه الله جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فيصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فيعتبر من الثلث ووجه قول محمد رحمه الله انه فى معرض التلف فهو اسوأ من المريض حالاً وابو يوسف رحمه الله يمنعه ويقول المرتد يتمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه

قوله وان مات او قتل على ردته او حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيئاً لجماعة المسلمين يوضع فى بيت المال وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعى رحمه الله ومالك رحمه الله واحمد رحمه الله كلاهما فئ لانه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر اجماعاً فيبقى ماله حربى لا امان له لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فيكون فيئاً ولهما ان ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه من انه مكلف محتاج الخ فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا لا ينتهض على الشافعى رحمه الله الا اذا بين لمية الاستناد وهو ان يقال ان هذا المسلم اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وجب الحكم باستناده شرعاً الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر الاصلى الذى لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين فى ذلك وترجحوا بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ للاب قال الله تعالى افمن كان ميتاً فاحييناه ولابى حنيفة رحمه الله ما قالا فى وجه التوريث الا انه انما يمكن فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة وهو الموت

ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقى وارثا الى وقت موته فى رواية عن ابى حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه

من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث

عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض

وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بمجرد ردته زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له لعدم استنادا والتوريث فيه الى ما قبيل موته الحكمى اعنى الردة لانها انما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهران الاختلاف بينه وبينهما فى توريث كسب الردة مبنى على الحكم الخلافى المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة المستقرة على ما حققنا عنده وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقى او الحكمى باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه فى زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والعرض انه مال مملوكا فلا بد من ارثهم له ثم لم يستند على استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار كسبه ما اكتسب فى زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد ان كان معدوما حسا **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا حالة الردة بان كان حرا مسلما وبقى كذلك الى وقت موته او لحاقه فى رواية عن ابى حنيفة رح رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد فى الارث فان المستند لا بد ان يثبت اولا ثم يستند فيجب ان يصادق عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية وعنه انه يرثه ما كان وارثا عند الردة فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن ابى يوسف رح عنه فلا يبطل استحقاقه اى استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث او ردته بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد تخلفه وارثه وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية قول الكرخى رح لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وجودها استحقاق الميراث وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت واللحاق وهى رواية محمد رح عنه قال فى المبسوط وهذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد الذى يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد فى انه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك فى يد البائع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شئ وبقى الثمن كله على البائع فلو كان من يحيث يرثه كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت او يلحق او اسلم ورثه وهو قول ابى يوسف رح ومحمد رح الا ان الكرخى رح حكى بينهما خلافا فى اللحاق فعند ابى يوسف رح يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد رح يوم اللحاق لا الحكم وجه ابى يوسف رح ان العارض يعنى الردة محتمل زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد رح ان باللحاق تزول العصمة ای الامان والذمة فى حق المستأمن والذمى فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدى الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال اداء الكتابة وجوابه من قبل ابى يوسف رح ان اللحاق ليس حقيقة الموت انما يصير موتا بانضمام القضاء به فيثبت الحكم به بل فى حكمه لانقطاع ولايتنا عنه واحكامنا فلا يثبت به احكام الموت قبل ان يتأكد وذلك بالحكم به **قوله** وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهى باختياره اشبهت الطلاق البائن فى مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهى فى العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال فى ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق فصار كان يحيل بالردة كانه طلقها وبغرض صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار والتحقيق ان يقال الردة كانه مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو ما صار على الكفر مختارا فى الاصرار الذى هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق فى مرض الموت ثم يموت قتلا او حتف انفه او بلحاقه فيثبت حكم الفرار وروى ابو يوسف رح عن ابى حنيفة رح انه ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وقال ابو يوسف رح وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقيق بصفة الوارث حالة الردة فقط وهى رواية ابى يوسف رح وما فى الكتاب على رواية الحسن من اعتبار

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه صار باللحاق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام المتعلقة وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف

وبقائه بالصفة الى الموت او على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة والا ترث غير المدخولة فهو كذلك وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج او لحاقه اثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا ايضا الا ترى المنقضية عدتها **قوله** والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها اذ المراة لا حراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت كافرة فلم يوجد سبب الفيء وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبي اسلامها وردتها على ملكها فيرثها ورثتها بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال او في المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تحت ايدينا فلا يورث **قوله** ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وبهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته لمباشرته بسبب مرض موته ثم باجراره جعل مطلقا في مرضه واذا مات ثبت حكم الفرار **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في ايام ردته على قولهما كما ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام واما ما اوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولهما ان الوصية بغير القربة لا تبطل لان لبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند ابي حنيفة رح تتوقف فكذا هنا قيل واراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة وللمغنية وقال الطحاوي لا يبطل منها ما يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد رح لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان تنفيذ الوصية بحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة او لحقه بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرنا آنفا وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح يبقى ماله موقوفا ويحفظه الحاكم الى ان يظهر موته ثم او يعود مسلما فياخذه لانه اي اللحاق نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام احكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى بخلاف الغيبة في بلد اخرى من دار الاسلام فان احكام الاسلام وولاية الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضي به سابقا على القضاء لشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضاء لشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا فاذا لحقت الحربية فلزوجها ان يتزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت او عادت مسلمة لم يضر نكاح اختها لان العدة بعد ان سقطت لا تعود

حاش

وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم ووجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما والله اعلم **قال** وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم

ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد رح لانه السبب والقضاء انما لزم لتقرره بقطع الاحتمال اي احتمال عوده اي اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان امرا مستقرا وهو امر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر وعند ابي يوسف رح يعتبر كونه وارثا وقت القضاء حتى لو كان من يحيث يرث وقت الردة كافرا او عبدا او وقت القضاء مسلما معتقا ورث عند ابي يوسف رح وهذا لانه اي اللحاق انما يصير موتا بالقضاء لانه مجرد غيبة فتقرر بالقضاء به ويتقرر به يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد بينا تمام وجهي القولين والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في الارث وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبره وامهات اولادها ونحوها **قوله** وتقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شئ ورثته الورثة والا لا يورثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شئ من كسب الردة عن ابي حنيفة رح انه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رح وهذا التفصيل المذكور رواية عن ابي حنيفة رح قيل رواها زفر رح عنه ولم ينسب الكرخي رح هذه الى ابي حنيفة رح بل قال هو قال زفر رح والحسن رح ما لحقه في حال الاسلام الخ وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فيقضى منه الديان جميعا فان وفى فكسب الردة فيء لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة الا ان يفضل عن كسب الاسلام شئ عن الدينين فان لم يف كمل من كسب الردة وهي رواية الحسن بن زياد عنه وعنه عكسه وهو انه تقضى الديان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شئ وهذه رواية ابي يوسف رح عنه وجه الاول وهو التفصيل ان المستحق بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه فيه الوارث ومن شروط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث وهو مقدار ما عليه من الدين فيتقدم الدين مطلقا عليه اما كسب الردة فليس مملوكا لبطلان اهلية الملك بالردة عند ابي حنيفة رح فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه فان قيل كيف يقضى منه وهو فيء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال لا بعد في هذا فان الذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه اولا وما فضل يكون للمسلمين فكذلك ههنا قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام وجه الثالث وهو رواية ابي يوسف رح ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه بمعنى انه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض الا فهو قد ذكر ان ملكه زال غير انه لا يلزم من كونه خالص حقه لدينه انه ملكه الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا انه لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه قال في المبسوط وعلى هذا القول عند زفر رح قضاء الدين فان قضى دينه بكسب الردة او رهنه بالدين فقد فصل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن ابي حنيفة رح ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضى منه قال ابو يوسف رح ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين جميعا لانهما ملكه عندنا حتى يجري فيهما الارث **قوله** وما باعه المرتد او اشتراه او اعتقه او رهنه الى آخره وقال المصنف رح اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية الابن وحق المرتد في ماله اقوى من الاب في جارية ابنه وكذا يصح دعوة السيد ابن امة مكاتبه وحق المرتد في ماله اقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان الملك

ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه
قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل القتل لا يرثه
فتصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابي يوسف رحمه الله تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل
وصار كالمرتدة وعند محمد رحمه الله تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لاسيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة
لانها لا تقتل ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل
دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب
خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل

موقوف على حكم ملكه حتى اذا اسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه لا ولاية له على نفسه
واورد عليه ان بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق اجيب بانه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق فقد سلف ان المبانة يلحقها صريح الطلاق
ما دامت في العدة وصرح في المحيط بان الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع ان الردة لا يلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ومن هذا
القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانها لا تبنى على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد الملة و
لا ملة له لانه غير مقر على ما انتقل اليه من دين سماوي او غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ما فسر به حميد الدين من ان المراد الملة التي
يدينون بها كالنكاح والتوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق في نكاحه من ذلك لانه لا يقر حتما ومن هذا القسم ارثه واما الارث منه فقد تقدم انه ثابت
لورثته المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة بين الشريكين ولا مساواة بين المسلم والمرتد فيتوقف عقد المفاوضة
فان اسلم نفذت وان مات او قتل او قضي بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن يصير عنانا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله تبطل اصلا لان في العنان وكالة
وهي موقوفة عنده قوله ومختلف في توقفه وهو ما عددناه من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه وهبته والكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده
هي موقوفة ان اسلم نفذت وان مات او لحق او قتل بطلت لهما ان الصحة للمعاملات التي ذكرنا تعتمد الاهلية ولا خفا لها والنفاذ يعتمد الملك
في وجود الاهلية لكونه مخاطبا بالايمان وكذا قتله فرع كونه مكلفا وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررنا يعني من قوله مكلف محتاج الخ ومما يوضح
كون ملك المرتد باقيا انه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة او امة مسلمة لستة اشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو ان ولده قبل
الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه لا يرث واذا كان ملكه قائما والاهلية نفذت تصرفاته عندهما الا ان عند ابي يوسف رحمه الله يصح كما يصح من الصحيح في
جميع المال لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا تقتل فلا يكون كالمريض وعند محمد رحمه الله يصح من الثلث كما يصح من المريض لان
من انتحل نحلة لاسيما اذا كان بها معرضا عما نشا عليه فلما تركه فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول هذا
دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك انما
عوده لما حررناه من ان المراد انه يزول ملكه ثم يعود بعوده الى الاسلام من انه حربي مقهور نفسه وماله تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه فان
التصرفات الشرعية المذكورة توجب املاكا لمن قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب ان يملك المبيع وان يخرج عن ملكه الثمن والاجارة كذلك
والغرض ان ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات احكامها في الحال فان اسلم افادته حين وقعت وهذا معنى التوقف فصار المرتد
كالحربي يدخل دارنا بلا امان فيؤخذ اي يؤسر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل واسترق لم ينفذ منه شيء
او اسلم لم يؤخذ له مال فكذا المرتد وقوله واستحقاق الخ جواب عما يقال المرتد يجب ان يكون كالمقضي عليه بالقصاص او الرجم لانه مقهور تحت ايدينا للقتل عينا خصوصا
فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غيرها محتمل في حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة فاجاب بالفرق بان استحقاق
القتل في الفصلين اي الحربي والمرتد لبطلان العصمة بانتفاء سببها وهو الاسلام فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني والقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك لسبب
جزاء على الجناية مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فليبق ماله على العصمة حقيقة لعصمة ماله لقيام سببها ولهذا لو قتل القاتل غير ولي القصاص قتل به انما يقتل كل منهما بما
من حقوق تلك العصمة بخلاف المرتد لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال ابو اليسر قالا احسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر

يوسر

فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلماً احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلماً قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلماً لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد يتبعه لتقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لانها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالاً والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجده الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى الوارث بقضائه بلحاقه فكان الوارث فيه مالكاً قديماً

الحكمي لا التحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرق وحاصل مراده ان المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند ابي حنيفة رح بل نقول انما اوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه وذلك بطريق الاولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد **قوله** وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه او عوضاً اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت المحكوم به واذا عاد مسلماً فقد احياه الله تعالى بعد موته حكماً ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت ثم عادت مسلمة عن قريب تتزوج عن ساعتها لانها فارغة عن النكاح والعدة كانها ميتة لان قال الله تعالى او من كان ميتاً فاحييناه فاذا احيي احتاج اليه فيقدم على الوارث وعلى هذا لو احيى الله سبحانه ميتاً حقيقة واعاده الى دار الدنيا كان له اخذ ما في يد ورثته بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع او هبة او لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لا يعودون في الرق لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له وهو اللحاق مرتداً لانه كالموت حقيقة فينفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان ولا يتوهم لهم لاجم اعني المرتد الذي عاد مسلماً بهذا احيا مسلماً بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلماً قبل الحكم باللحاق فكانه لم يزل مسلماً كانه لم يرتد لما ذكرنا من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتكون امهات اولاده ومدبروه على حالهم ارقاء وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون الى اجلها لعدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا ابق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الآبق كان لم يكن **قوله** واذا وطئ المرتد جارية نصرانية او يهودية كانت له في حال الاسلام فجاءت بولد لستة اشهر او اكثر ولو الى عشر سنين منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ويثبت لامه حق امومية الولد ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورث الابن وان مات المرتد على ردته او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والمولى المأذون جارية من تجارته ذكره ابو الليث في شرح الجامع الصغير واما انه لا يرثه فلان الام اذا كانت يهودية او نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لا للام لقرب المرتد الى الاسلام للجبر عليه والظاهر انه لا يوثر القتل على العود وصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد واما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها وانما يجعل تبعاً لها لانها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد ولا يقال لم لم يجعل تبعاً للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعاً للدار اذا لم يكن معه احد ابويه بان يسبى وليس معه احدهما او لقيط في دار الاسلام ولا يظن ان هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعداً احترازاً عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فانه يرثه اذا مات او لحق او قتل على ردته وذلك للتيقن بحصول العلوق في حال اسلام ابيه المرتد فكان الولد مسلماً والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم ان الصحيح ما رواه محمد عن ابي حنيفة رح ان من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت الردة او حدث بعدها انتهى وقد قدمنا انه صح من قول شمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصاً لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرث المسلم الكافر بالكافر الاصلي الا انه يحتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فارجع

وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعل الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه وإذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما اكتسبه في الإسلام والردة جميعا لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده وإذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة أما الأول فلأن السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني فمراده إذا قضي بلحاقه لأنه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى **قال** فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه في جميع ذلك نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم يتخلل الردة وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحال البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال اليمين

إليه وهذا كله بناء على كونه إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بأن العلوق بعد الردة والوجه أنه متى جاءت به مدة النصرانية لمدة تتصور العلوق فيها في حالة الإسلام يجب أن يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن إذا جاءت به لأقل من سنتين للحظة لأنه أحوط للحكم بالإسلام لأنه على هذا الاعتبار يعلق مسلما يرثه وإن كان على خلاف المذهب كالذي جاءت به لأقل من ستة أشهر إن على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعدا لا يرث **قوله** وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على ذلك المال فهو فيء بإجماع الأئمة الأربعة وإنما يخالف الأئمة الثلاثة فيما في دار الإسلام من الباقي من ماله على ما تقدم أنه عندهم محفوظ له إلى أن يظهر موته فيصير فيئا ولا يشكل كون ماله فيئا دون نفسه فإن مشركي العرب كذلك وإن لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو أنهم إن وجدوه قبل القسمة رد عليهم وإن وجدوه بعدها أخذوه بقيمته إن شاؤا ولو كان مثليا فقد تقدم أنه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب أعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين أن يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه أو قبله أما إذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لأنه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب وأما إذا عاد قبله فلأن عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيتقرر موته وما احتيج إلى القضاء باللحاق ليصير ورثته ميراثا إلا ليترجح عدم عوده فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء وفي بعض الروايات السير جعله فيئا لأن بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة خلافا للأئمة الثلاثة والولاء والمكاتبة أي بدل الكتابة للمرتد مسلما لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بالعبد له ولا إلى نقل الملك إلى الأب لأن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك فجعل كأن الابن وكيلا عنه فإنه لما لحق بدار الحرب كأنه سلط ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع إلى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق عنه فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلما بخلاف ما إذا كان أدى بدل الكتابة إلى الابن فإن الولاء حينئذ يكون للابن **قوله** وإذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال إسلامه خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في مال اكتسبه في الردة والإسلام أما أن الدية في ماله فلأن العواقل لا تعقل المرتد لأن تحميلهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التي بها يقوى الجاني ولا نصرة منهم للمرتد وأما أنه عنده في كسب الإسلام فقط فلأنه لا ملك له عنده غيره وعندهما يملك الكل فيكون ما لزمه من الكل وعلى هذا إذا غصب مالا فأفسده يجب ضمانه في مال الإسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الإسلام واكتسب في الردة تهدر الجناية عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقوله وماله المكتسب ماله مبتدأ والمكتسب خبره والأولى في مثله الإتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة إلا أنه تركه للاهتداء إليه لفساد المعنى على الصفة وجناية الأمة والمكاتبة المرتدين كجنايتهم في غير الردة لأن الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكتسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر **قوله** وإذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع أو لحق ثم جاء مسلما أو مات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة فيهما أما الأول وهو وجوب نصف الدية فيما إذا مات فلأن القطع وإن وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلا حلت المحل بعد زوال عصمته فأهدرت إذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد وأيضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد وإذا أهدرت السراية وجب دية اليد لأن هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك القطع فإنه لا يجب الضمان أصلا لأن القطع وقع في وقت لا قيمة لها

واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاُخِذَ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة رح فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا يتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى

فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا والمهدر لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا بالقضاء باللحاق والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى على انها قتل لانه ما ثبت سرايته بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة واما اذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذي نبينه قال شمس الائمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي نبينه ما يذكر من ان على قول محمد رح يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما يلي هذه وهي قوله وان لم يلحق اي المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم اسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق فعند ابي حنيفة رح وابي يوسف على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد رح وزفر رح في جميع ذلك يعني الصور الاربع وهي ما اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته او ارتد ثم اسلم بلا لحاق او ارتد ولحق بعد القضاء او قبله ثم عاد فاسلم نصف الدية قياسا ووجهه ان اعتراض الردة اهدر السراية حتى لو قتله قاتل لا شيء عليه فاذا اسلم بعد ذلك لا ينقلب بالاسلام الى الضمان من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد او حربي فاسلم لا يجب على القاطع شيء ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لانه مسلم وتمت فيه لانه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة ابدا السراية وهذا لان تخللها كائن في حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في ايجابها والواقع انه لا يعتبر بقاؤها في ذلك فانما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت فيثبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فانت طالق ثم ابانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان فعلت فانت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكوة المعتبر وجوده اول الحول لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط فان قتل او مات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين السراية ان جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطاء في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد **قوله** واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا في ايام ردته بغير كتابته فاخذ بماله اي اسر وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه كتابته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا لان الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة اولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته واما عند ابي حنيفة رح فيشكل لانه لا يملك كسب الردة اذا كان حرا وملكه اياه مكاتبا ووجهه ان المكاتب انما ملك اكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في اكسابه فلا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقي وقوله الا ترى الخ توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت احكامه فالاستدلال

وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعاً للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربعة مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة

على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فاولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فاذا امتنع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وفاء واستدلال المصنف رحمه الله وجه آخر حاصله بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع ان الرق اقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى الا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب لكونه في دار الاسلام واورد عليه بان كون احدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم انه لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز ان ينتفي التصرف اجيب مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الا بدليل ومرة بان الكتابة مطلق التصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعاً ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى احدهما وانضمام احدهما الى الآخر انضمام علة الى اخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة **قوله** واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الاسلام قال الولوالجي فلا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل ولا يجبر ولد الولد اما جبر الولد فلانه يتبع ابويه او احدهما في الدين فيكون مسلماً باسلامهما ومرتداً بردتهما فلما كان مرتداً بردتهما اجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل ما ه لقوله عليه الصلوة والسلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما اللذين يهودانه الحديث اي يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعاً لابيه في الردة فيجبر مثله لان ردة ابيه كانت تبعاً والتبع لا يستتبع خصوصاً واصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف ابيه واذا لم يتبع الجد فيسترق او توضع عليه الجزية او يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر اهل الحرب اذا اسروا واما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة او يسلم وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان ولد الولد يجبر على الاسلام تبعاً للجد فيجعل مرتداً تبعاً له قال المصنف رحمه الله واصله التبعية في الاسلام يعني اصل الجبر على الاسلام تبعاً للجد هو ثبوت الاسلام تبعاً للجد وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعاً للجد وفي رواية الحسن يكون تبعاً له احداها هذه والثانية صدقة الفطر للولد الصغير اذا كان جده موسراً ولا اب له او له اب معسر او عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه والثالثة جر الولاء صورتها معتقة تزوجت بعبد وله اب عبد فولدت منه فالولد حر تبعاً لامه وولاؤه لموالي امه فاذا اعتق جده لا يجر ولاء حافده الى مواليه عن موالي امه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو اعتق ابوه والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب وتقييد الحبل بدار الحرب ليس باحتراز الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة اعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق اولى لانه اذا اجبر مع انه علق في دار الحرب وللدار جهة استتباع يقتضي انه ابعد عن الاسلام فلان يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام اولى هذا اذا ولدا وولد بعد لحوقهما اما اذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتداً تبعاً للابوين وولد المرتد يصير فيئاً بالسبي كذا ذكر ولو صح لزم انهما لو لم يلحقا به يكون مرتداً وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا بمزيل والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلماً باللحاق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئاً يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئاً لانه بقي مسلماً تبعاً لامه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع

قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمه الله ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بما يشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رحمه الله لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام

الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئا بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت ماتان المسألتان وكذا اذا كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع **قوله** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يورث منه وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله ثم رجع وقال ليس بارتداد واسلامه اسلام باتفاق الثلاثة فلا يرث ابويه الكافرين ويرث اقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له المؤمنة وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن ابي مالك عن ابي يوسف رحمه الله ان ابا حنيفة رحمه الله رجع الى قول ابي يوسف رحمه الله وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وردته ليس بارتداد لهما اي زفر والشافعي رحمهما الله في عدم صحة اسلامه انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا لتنافي بين صفة الاصالة والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق ولنا فيه اي اسلامه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور اما افتخاره فما نقل من قوله رضي الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي واما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد لم تصح بل الصحيح عنه انه اسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقر الحال ويبطل رواية الخمس عشرة سنة لانه اذا كان يوم المبعث ثمان سنين فقد عاش بعده ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره وثم اسند عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فمتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين سنة ولم يقل احد واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه اسلم وهو ابن عشر سنين واخرج ايضا عن ابن عباس رضي الله عنهما دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي رضي الله عنه يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم ابن سبع او ثمان سنين وما ذكر الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي ان عمره حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه عليه السلام عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال لتصحيحه عليه الصلوة والسلام اسلامه اراد في احكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في احكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث اقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صحت اسلامه امكن ان ينصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه قيل ومن اقبح القبائح ان لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه الصلوة قيل والجواب ان الشافعي رحمه الله كيف يصح اختياره الاحد ابويه عند الفرقة مع ظهور انه انما يختار من يطلق عنانه الى هويته من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخيريته فان قيل هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك ان لو قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة ولا يمتنع سقوط الواجب لكنا انما نختار انه يصح ليترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا وعن احمد ومالك رحمهما الله يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار والتصديق الباطني بحكم به الاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد اتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم تدخل لم يتعمد الدخول والاتصاف فان قال الايمان الذي نفيه منه هو المعتبر فيما دخل في الوجود لا انفيه ولكن

الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا ٢

اقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم اهلية الصحة وهو منتف لانه جعل اهلا للنبوة كما في يحيى عليه السلام وهو فرع الايمان والاتفاق على اهليته للصلوة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما واما لعدم اهلية الوجود فيلزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا واما لحاجز شرعي وهو منتف ولا يليق ان يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته [illegible] فنعم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب الصلوة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية اداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند فخر الاسلام فلانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدث العالم وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكوة واما عند شمس الائمة فلا وجوب اصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد صار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يغفل اهل الاجماع عن آخرهم واما قوله يشوبه ضرر قلنا ما يتعلق بالسعادة الابدية وتزول به توقع مضرة ابدية من ردة اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعينه ولا يبالي معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالغرر الآخر واما التنافي الذي ذكر فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا واصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا فنقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي اصلا وفي المبسوط منع المنافاة واجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته صارت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلها امرين يتأيد احدهما بالآخر قال المصنف وهم في الردة يعني الشافعي وزفر وابا يوسف انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق بهما اعلى المنافع ودفع اعظم المضار ولابي حنيفة ومحمد ما قلنا من انها موجودة حقيقة بوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به والمراد للحقيقة فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر الا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقائق الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم او الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن ان يجعله عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنيته يجعل صائما شرعا فلو اكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اذا صلى ثم افسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلا في ذلك فان لم تكن حالية لذلك فمنعناها بخلاف القبول فان علمنا علمه بالمصلحة يجعله جاهلا واذا ثبت الحقائق بعد العلم بثبوتها لا يرد لزوم ضررها بالضرورة الا ترى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر **قوله** الا انه اي الصبي المرتد يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل وهذه رابعة اربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول مالك والشافعي وقد منا من قريب وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه ثبت [illegible] [illegible]

فى الصبى الذى يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذى لا يعقل

تبعا لغيره صار شبهة فى اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اسلم فى صغره ثم بلغ مرتدا ففى القياس يقتل وبه قال مالك رح واحمد وفى الاستحسان لا يقتل مرتدا لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه فى الصغر الثالثة اذا ارتد فى صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر فى عدم الاعتقاد فيصير شبهة فى اسقاط القتل وفى كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شئ ذكر الكل فى المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط فى دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف رح فى توجيه عدم قتله لانه اى القتل عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وبين ان الكلام كله فى الصبى الذى يعقل الاسلام وفى المبسوط ذكر كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بانه يعذب فى الآخرة مخلدا فليس بمرحوم ونقل ذلك من اسرار والمبسوط وجامع التمرتاشى وقال التمرتاشى هذه الرواية الى التبصرة فالاولى فى التعليل ما فى المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء فى صحة اسلامه انتهى ولفظه فى المبسوط فى هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل ان يلتزم العقوبة فى الدنيا بمباشرة سببه سائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شئ ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة وكذا لا يصح اسلامه وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران الذى لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك رح واحمد رح فى رواية والشافعى رح فى قول وقال فى قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد لما قال وقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسى وتقدم فى كتاب الطلاق فيه زيادة احكام فارجع اليه فى فصل ويقع طلاق كل زوج الخ **فرع** كل من ابغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالشاب بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته فى اسقاط القتل قالوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك ونقل عن ابى بكر الصديق رض ولا فرق بين ان يجئ تائبا من نفسه او شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابى لا اعلم احدا خالف فى وجوب قتله واما قتله فى حقه تعالى فتعمل توبته فى اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التى يكفر بها يعرف فى الفتاوى واذا تهود نصرانى وعكسه لا تأمره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد فى وقت صلاة صلاها فعليه اداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا اعتق المرتد عبده ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت اوحقيقة او حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم يسقط الدين فانه ينفذ والفرق فى المبسوط عن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد فميراثه للمعتقه لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رح قال لا يقبل فى القتل الا اربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة

باب البغاة

اهل العلم الا عند الشافعی رہ فی وجه فی العبد الی سیده ومن اصحاب حد اثم ارتد ثم اسلم ان الزندیق لم یلحق بدار الحرب اقیم علیه الحد وان لحق ثم عاد لا یقام علیه وعند الشافعی رہ واحمد رہ یقام مطلقا والمبنی ظاهر وقد سنا انه لا تقبل توبة الساحر والزندیق فی ظاهر المذهب وهو من لا یدین بدین وانما من یبطن الکفر ویظهر الاسلام فهو المنافق ویجب ان یکون حکمه فی عدم قبولنا توبته کالزندیق لان ذلک فی الزندیق لعدم الاطمینان الی ما یظهر من التوبة اذا کان یخفی کفره الذی هو عدم اعتقاده دینا والمنافق مثله فی الاخفاء وعلی هذا فطریق العلم بحاله اما بان یعثر بعض الناس علیه او یسره الی من امن الیه والحق ان الذی یقتل ولا تقبل توبته هو المنافق والزندیق ان کان حکمه ذلک فیجب ان یکون مبطنا کفره الذی هو عدم التدین بدین و یظهر تدینه بالاسلام او غیره الی ان ظفر نا به وهو عربی والا فلو فرضناه مظهرا لذلک حتی تاب یجب ان لا یقتل وتقبل توبته کسائر الکفار المظهرین کفرهم اذا اظهروا التوبة وکذا من علم انه ینکر فی الباطن بعض الضروریات کحرمة الخمر و یظهر اعتراف حرمته وقال اصحابنا للسحر حقیقة فی تاثیره فی ایلام الاجسام خلافا لمن منع ذلک وقال انما هو تخیل وتعلیم السحر حرام بلا خلاف بین اهل العلم واعتقاد اباحته کفر وعن اصحابنا ومالک رہ واحمد رہ یکفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحریمه او لا ویقتل وقد روی عن عمر وعثمان وابن عمر رضی الله عنهم وکذلک عبد الله بن کعب وقیس بن سعد وعمر بن عبد العزیز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفی حدیث مرفوع رواه الشیخ ابو بکر الرازی فی احکام القرآن ثنا ابن قانع ثنا بشر بن موسی ثنا ابن الاصفهانی ثنا ابو معاویة عن اسمعیل بن مسلم عن الحسن عن جندب ان النبی صلی الله علیه وسلم قال حد الساحر ضربة بالسیف انتهی یعنی القتل قال وقصة جندب فی قتله الساحر الکوفة عند الولید بن عقبة مشهورة وعند الشافعی رہ لا یقتل ولا یکفر الا اذا اعتقد اباحته واما الکاهن فقیل هو الساحر وقیل هو العراف وهو الذی یحدس ویتخرص وقیل هو الذی له من الجن من یأتیه بالاخبار قال اصحابنا ان اعتقد ان الشیاطین یفعلون له ما یشاء کفر وان اعتقد انه تخییل لم یکفر وعند الشافعی رہ ان اعتقد ما یوجب الکفر مثل التقرب الی الکواکب وانها تفعل ما یلتمسه کفر وعند احمد رہ حکمه حکم الساحر فی روایة یقتل لقول عمر رضه اقتلوا کل ساحر وکاهن وفی روایة ان تاب لم یقتل ویجب ان لا یعدل عن مذهب الشافعی فی کفر الساحر والعراف وعدمه واما قتله فیجب ولا یستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعیه بالفساد فی الارض لا بمجرد عمله اذا لم یکن فی اعتقاده ما یوجب کفره واذا طلب المرتدون المواعدة لا یجیبهم الی ذلک

باب البغاة قدم احکام قتال الکفار ثم عقبه بقتال المسلمین والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد فی کل اسم فاعل معتل اللام کغزاة ورماة وقضاة والبغی فی اللغة الطلب بغیت کذا ای طلبته قال الله تعالی حکایة ذلک ما کنا نبغی ثم اشتهر فی العرف فی طلب ما لا یحل من الجور والظلم والباغی فی عرف الفقهاء الخارج علی امام الحق والخارجون عن طاعته اربعة اصناف احدها الخارجون بلا تأویل بمنعة وبلا منعة یأخذون اموال المسلمین ویقتلونهم ویخیفون الطریق وهم قطاع الطریق والثانی قوم کذلک الا انهم لا منعة لهم لکن لهم تأویل فحکمهم حکم قطاع الطریق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان اخذوا مال المسلمین قطعت ایدیهم وارجلهم علی ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحمیة خرجوا علیه بتأویل یرون انه علی باطل کفر او معصیة توجب قتاله بتأویلهم وهم لا یسمون بالخوارج یستحلون دماء المسلمین واموالهم ویسبون نساءهم ویکفرون اصحاب رسول الله صلی الله علیه وسلم وحکمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور اهل الحدیث حکم البغاة وعند مالک رہ یستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لکفرهم وذهب بعض اهل الحدیث الی انهم مرتدون لهم حکم المرتدین لقوله علیه الصلوة والسلام یخرج قوم من آخر الزمان احداث الاسنان سفهاء الاحلام یقولون من قول خیر البریة یقرؤن القرآن لا یجاوز حناجرهم یمرقون من الدین کما یمرق السهم من الرمیة فاینما لقیتموهم فاقتلوهم فان فی قتلهم اجرا لمن قتلهم یوم القیمة رواه البخاری وعن ابی امامة انه رای رؤسا منصوبة علی درج

قوله وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن عليا رضـ فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا أمامة هذا شيء تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة والنقل الأول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فإذا نفر خمسة يشتمون عليا رضـ وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه فأتيت به عليا رضـ فقلت إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقري فقال علي رضـ خل عنه وقد كان عاهد الله ليقتلنك فقال أفأقتله ولم يقتلني قلت فإنه قد شتمك قال فاشتمه إن شئت أو دعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن بالخارجين منه لا يقتلهم وأنهم ليسوا كفارا لا بالشتم ولا بقصد القتل إلا إذا استحله فإن من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤدي به إلى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تأويل ولا لزم تكفيرهم لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكر محمد أيضا حيث قال وبلغنا عن علي رضـ أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة إذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضـ كلمة حق أريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نداؤهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك إذا أخذ علي رضـ في الخطبة ليشوشوا خاطره فإنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته إلى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضـ كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة ما يستحق غيرهم من المسلمين وأنه لا يعذر بالتعريض بالشتم لأن نسبته إلى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم من المسلمين خرجوا على إمام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة **قوله** وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة إمام الناس به في أمان والطرقات آمنة دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم التي أوجبت خروجهم لأن عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء قبل قتالهم وليس ذلك واجب بل مستحب لأنهم كمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا وتستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضـ لمعاذة أحرورية أنت أسند النسائي في سننه الكبرى في خصائص علي رضـ إلى ابن عباس رضـ قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي رضـ يا أمير المؤمنين أبرد بالصلوة لعلي أكلم هؤلاء القوم قال إني أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس رضـ ما جاء بك قلت أتيتكم من عند أصحاب النبي المهاجرين والأنصار ومن عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت ما نقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا أما إحداهن فإنه حكم الرجال في دين الله وقد قال الله تعالى إن الحكم إلا لله قلت هذه واحدة قالوا وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغنم فإن كانوا كفارا لقد حلت له أنفسهم وأموالهم وإن كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فإنه محى نفسه من أمير المؤمنين فإن لم يكن أمير المؤمنين فإنه أمير الكافرين قلت أعندكم

ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فإن بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري رح في مختصره وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده رح ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة

شيء غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم أرأيتم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم انه حكم الرجال في دين الله فانا اقرأ عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارنب ثمنها ربع درهم قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها انشدكم الله أحكم الرجال في حقن دمائهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم احق ام في ارنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم واصلاح ذات بينهم قال اخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون امكم عائشة ثم تستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي امكم لئن فعلتم لقد كفرتم فان قلتم ليست امنا لقد كفرتم قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وازواجه امهاتهم فانتم بين ضلالتين فاتوا منهما بمخرج اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه محى نفسه من امير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتموني يا علي رض اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي رض فقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم الفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم ان عبد الله بن شداد سأل عائشة رض عن الذين قتلهم علي رض فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحاكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بارض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى ان قال فبعث اليهم علي عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكواء خطيبا فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فانا اعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب وواضعوه ثلاثة ايام فرجع منهم اربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى ادخلهم الكوفة على علي رض الى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم **قوله** ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه كذا ذكره القدوري وهو ما قدمناه من قول علي رض ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا وذكر الامام الاجل المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة وهو قول مالك رح واحمد رح واكثر اهل العلم لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم اي البغاة مسلمون لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله ونحن ادرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال والامتناع لانه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوي شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة يسرع اليها اهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما اباح القتال الا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من اطاق الدفع ان يقاتل مع الامام الا ان ابدوا ما يجوز لهم القتال لان ظلمهم او ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه بل يجب ان يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها انه ظلم مثل تحميلهم بعض الجبايات التي للامام اخذها والحاق الضرر بها لدفع ضرر اعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب من المنجنيق وارسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الاخت وكان ابن اخت القاضي الامام ابن ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته ابو بكر واسم ابيه حسين البخاري وهو معاصر لشمس الائمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته لان شمس الائمة اسمه محمد وكنيته ابو بكر بن سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين واربعمائة وفخر الاسلام ايضا معاصر لهما وتوفي سنة احدى وثمانين واربعمائة واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رح من قوله

فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رض يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو المقدم في هذا الباب وقوله في الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له ان مال المسلم لا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رض قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها

الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلوة والسلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة رض كن حلسا من احلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد فمحمول على ما اذا لم يكن له امام وما روي عن جماعة من الصحابة رض انهم قعدوا في الفتنة محمول على انه لم يكن لهم قدرة ولا تمني وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال كما روي عن بعضهم انه اتى عليا رض يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه علي رض وقال له اين كنت يوم صفين فقال اعطني سيفا اعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله مدا وانما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله وما روي اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار فمحمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين اهل القريتين والمحلتين او لاجل الدنيا والمملكة قال الذهبي يصح عن ابي وائل عن ابي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كان قبابا في رياض فقلت لمن هذه قالوا لذي الكلاع واصحابه ورأيت كان قبابا في رياض فقلت لمن هذه قيل لعمار بن ياسر واصحابه فقلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لان قتالهم عن اجتهاد **قوله** فان كان لهم فئة اجهز على جريحهم اي يسرع في اماتته واتبع موليهم على البناء للمفعول فيهما بالقتل والاسر دفعا لشرهم كيلا يلحقا اي الجريح والمولي بهم اي بالفئة على معنى القوم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب وقال الشافعي رح واحمد ايضا لا يجوز ذلك اي الاجهاز والاتباع في الحالين حالي الفئة وعدمها لان القتال اذا تركوه بالتولية والجراحة المعجزة عنه لم يبق قتلهم دفعا ولا يجوز قتلهم الا دفعا لشرهم ولما روى ابن ابي شيبة عن عبد خير عن علي رض انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ومن القى سلاحه فهو امن ورواه ايضا ولا يقتل اسيرا وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته لان تحقق ما ذكرنا اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعا لانه لا يتحيز الى الفئة ويعود شره كما كان في اصحاب الجمل لم يكن لهم فئة اخرى سواهم **قوله** ولا يسبى لهم ذرية اذا ظهر عليهم ولا يقسم لهم مال من المقاتلة لقول علي رض فيما روى ابن ابي شيبة ان عليا رض لما هزم طلحة واصحابه امر مناديه فنادى ان لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان علي رض لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئا فليأخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن علي رض انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا اسيرا واياكم والنساء وان شتمن اعراضكم وسببن امراءكم ولقد رأيتنا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريدة او بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن ام عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله اعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها واعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد رح بلغنا ان عليا رض القى ما اصاب من عسكر اهل النهروان في الرحبة فمن عرف شيئا اخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فاخذه وقول علي رض في الاسير تأويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير وان كان عبدا يقاتل وان شاء حبسهم والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه تحبس لما ذكرنا من دفع الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا الخيار ان يحكم نظره فيما هو احسن الامرين من كسر الشوكة من قتله وحبسه فيختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي واذا اخذت المرأة من اهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا في حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة **قوله** لا بأس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج اهل العدل اليه وكذا الكراع يقاتلون عليه وقال الشافعي رح لا يجوز استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا ان عليا رض الخ يريد ما روى ابن ابي شيبة في مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية ان عليا رض قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولولا ا

قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد الضعيف قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال قد كنت على حق وانا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ره وقال ابو يوسف ره لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي ره واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي ره في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رضه رواه الزهري ره ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالتزام او الالزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف ره في قتل الباغي العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا في حق الارث ولهما ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب

فيه اجماعا لما كان التملك ببعض الظواهر في تمليكه نحان ابن ابي شيبة اسند عن ابي البختري لما انهزم اهل الجمل قال علي رض لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة او سلاح فهو لكم وليس لكم ام ولد واي امرأة قتل زوجها فلتعتد اربعة اشهر وعشرا قالوا يا امير المؤمنين تحل لنا دماؤهم ولا تحل لنا نساؤهم فخاصموه فقال ايتوا بنسائكم فاقرعوا على عائشة رض وهي رأس الامر وقائدته فخصمهم علي رض وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المص ره و لان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل اي يستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه ففي مال الباغي اولى والمعنى المجوز فيه لانه دفع الضرر الاعلى وهو المتوقع لعامة المسلمين بالضرر الادنى وهو اضرار بعضهم لدفع ضرر كلهم ويحبس الامام اموالهم لدفع شرهم واضعافهم بذلك ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم وعلى ورثتهم اذا ماتوا ذلك واما حبسها كان بيع الكراع اولى لان حبس الثمن انظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر ثمنها عليهم اذا لم يكن للامام بها حاجة **قوله** ما جباه اي ما اخذه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذه الامام ثانيا اذا ظهر على البغاة لان ولاية الاخذ له انما كانت له لحمايته اياهم ولم يحمهم وما قيل ان عليا رض لما ظهر على اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه فيه نظر لان الخوارج لا نعلم انهم غلبوا على بلدة فاخذوا جباياتها قالوا وكان ابن عمر رض اذا اتاه ساعي الحرورية دفع اليه زكوته وكذا سلمة بن الاكوع ثم ان كانوا صرفوه الى حقه اي الى مصارفه اجزأ من اخذ منه ولا اعادة عليه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من اخذ منهم ان يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى قال المصنف قالوا اي المشائخ لا اعادة على الارباب في الخراج لانهم اي البغاة مقاتلة وهم مصرف الخراج وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك وان كانوا اغنياء افتوا بالاعادة وكذا في زكوة الاموال كلما لو اخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكوة فارجع اليه **قوله** من قتل رجلا الخ يعني اذا كان رجلان من اهل البغي قتل احدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح قتلها الا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء فان كان مباح القتل لم يجب به شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لامامنا عليهم فلم يجب شيء فصار كالقتل في دار الحرب وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في اوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه **قوله** وان غلبوا على مصر من امصار اهل العدل فقتل رجل من اهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه ومعنى المسئلة كما قال فخر الاسلام انهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر اي اخرجهم قبل استقرار حكمهم لانه حينئذ لم ينقطع ولاية الامام فيوجب القود اما لو جرت احكامهم حتى صارت في حكم محل لا يتم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة **قوله** اذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه بالاتفاق لانه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به وان قتل الباغي العادل وقال كنت على الحق وانا الآن على الحق ورثه فان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وقال ابو يوسف ره لا يرث الباغي العادل في الوجهين وهو قول الشافعي ره واصله اي اصل هذا الخلاف في ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن عندنا ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق والباغي اذا قتل العادل بعد قيام منعتهم وشوكتهم لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم وبه قال احمد ره والشافعي ره في قول الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال وقال الشافعي ره في القديم يضمن وبه قال مالك ره لانها نفوس واموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا وعلى هذا الخلاف اذا ما ارتد وقد اتلف نفسا او مالا ولنا انه اتلاف ممن لا يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على اهل الحرب والحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل فلو تجردت المنعة عن التأويل كقوم غلبوا على اهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم اخذوا بجميع ذلك ولو تجرد التأويل عن المنعة بان انفرد واحد او اثنان

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل السلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

فقتلوا واخذوا عن تاويل ضمنوا اذا تابوا او قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه اجماع الصحابة رضي الله عنهم رواه الزهري قال عبد الرزاق في مصنفه ثنا معمر قال اخبرني الزهري ان سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم رجعت الى اهلها تائبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا في فرج استحلوه بتاويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتاويل القرآن ولا يرد مال استحلوه بتاويل القرآن الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه واني ارى ان ترد على زوجها وان يحد من افترى عليها قال المصنف رحمه الله ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع اي نفي الضمان وصار كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم ولا يخفى ان هذا الاعتبار والالحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى الاجماع المنقول من الصحابة رضي الله عنهم والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقول الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مغيبة بما ذكرنا كان ذلك اصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول ابو يوسف رحمه الله الحاق التاويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة رضي الله عنهم كان في دفع الضمان والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة رضي الله عنهم جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الا ترى انه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فعيناه في ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فيمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث

قوله ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها ولا يكره بيع الخشب المتخذة هي منه وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية **فروع** اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوي عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لانهم مسلمون ومثله في المرتدين الا انهم اذا اخذوا وملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغي تقدم انهم لا يضمنون ما اتلفوا وفي المبسوط روي عن محمد رحمه الله قال افتيهم بان يضمنوا ما اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك في الحكم قال شمس الائمة وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطاؤهم الا ان ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتون به ولو استعان اهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما ان هذا الفعل من اهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا ملتزمين حكم الاسلام في المعاملات وان يكونوا من اهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على ان ايهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر اهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك اهل البغي او يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة او باعطائنا الامان لهم حين اخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكن يحبسون مخافة ان يرجعوا الى قبيلتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى

بالحاق

كتاب اللقيط

يسلموا فان ابوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم خلعوا من ايدينا آمنين وحكى ان المنصور كان ابتلى بهم مع اهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع العلماء يستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة رحمه الله ساكت فقال له ما تقول فقال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل لك شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر اخرى فاغلظ عليه القول وامر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشيء الا اتيتني بما اكره ثم جمعهم من الغد وقال تبين لي ان الصواب ما قلت فماذا نصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا قال ابو حنيفة رحمه الله توضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التابيد والكافر اذا رضي بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه قال اذا آمن رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي جاز امانه لانه ليس اعلى شقاقا من الكافر ومنا لك يجوز ولكنه اساء لانه قد يحتاج الى مناظرة ليتوبوا ويأتي ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ومنه لمن يقول لا بأس عليك ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق لرجل من اهل مصره بشهادة من شهد عنده ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجازه وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقة ويكره اخذ رؤسهم فيطاف بها في الآفاق لانه مثلة وجوزه بعض المتاخرين اذا كان فيهم طمأنينة قلوب اهل العدل او كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل ابيه او اخيه من اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر دمه حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا وهذا لبقاء شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على الباغي فقال تبت والقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عني حتى انظر لعلي اتوب والقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كالمستحق قتله ومتى القاه كف عنه بخلاف الحربي ولا يلزمه الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من اهل البغي فارادوا ان يسبوا ذراري اهل المدينة وجب على اهل البلد ان يقاتلوا دون الذراري لانهم لا يسبون فوجب قتالهم اذا اودع اهل البغي قوما من اهل الحرب لا يحل لاهل العدل غدرهم لانهم مسلمون وامان المسلم اذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من اهل العدل ان يشتري منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فلجأوا الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا المشركين مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك [illegible] ولا بأس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولي البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفعت اقضيته الى قاضي اهل العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأي بعض المجتهدين لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وان كان مخالفا لرأي قاضي العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهروا عليهم سبيا اهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم امانا منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين +

كتاب اللقيط

عقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال اللقيط لغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول سمي به باعتبار المآل تسمية للشيء باسم ما يؤول اليه كتسمية العنب خمرا في قوله تعالى... وهو في الشرع اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنا ولا يلتقط الا ان يلتقطه في العادة كالتعقيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه الا انه لا يتعلق به...

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب **قال** اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضه ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية **قال** فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده

من احياء نفس مسلمة اذا لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا وقول الشافعي رح وباقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قيل الخوف ثم اذا غلب على الظن ضياعه او هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعي **قوله** اللقيط حر كان الملتقط عبدا اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف امه لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد على احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب والغالب في جميع الدنيا الاحرار **قوله** ونفقته في بيت المال اي اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف واصله ما روى مالك رح في الموطا عن سنين ابي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب رضه فجئت به الى عمر رضه فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر فعلينا نفقته وعن مالك رح رواه الشافعي رح في مسنده وقال البيهقي وغيره الشافعي رح يرويه عن مالك رح ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انبانا مالك عن ابن شهاب حدثني ابو جميلة انه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رضه فاتاه به فاتهمه عمر رضه فاثنى عليه خيرا فقال عمر رضه هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال واتهمه عمر رضه دل عليها ما في رواية محمد رح عنه في حديث ابي جميلة ان قال له عسى الغوير ابؤسا وهو مثل لا يكون ظاهره خلاف باطنه واول من قالته الزباء وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغي ان ياتي به الامام او لا ليس بلازم من لم يتبرع بالانفاق وقصد ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة يحتاج ان ياتي به اليه فاذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا ان يقيم بينة على الالتقاط لا نعلمه ابنه ولذا قال عمر رضه عسى الغوير ابؤسا والوجه انه لا يتوقف على البينة بل يرجع صدقه الا ترى ان عمر رضه لما قال عريفه انه رجل صالح اتفق عليه فان هذه البينة ليست على او ضاع البينات فانها لم تقم على خصم جاحد وانما كانت تترجح صدقه في اخباره بالالتقاط وكذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم يكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد بن عبد الله ابن اخي الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رضه اذا اتي بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن زهير بن ابي ثابت عن ذهل بن اوس عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به الى علي رضه فالحقه على مائة ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له فتجب نفقته عليهم وكانت في بيت المال كالمقعد الذي لا مال له ولا ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان اي لبيت المال غنمه اي ميراثه وديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على اهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه ولهذا كانت جنايته في بيت المال وبهذا محمد رح بحديث الحسن ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذي وليت منه احب الي من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الامة لانه لا ينبغي للامام ان يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به **قوله** والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته على ان يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب الا ان يأمره القاضي به فيكون دينا عليه يعني بهذا القيد بان يقول انفق عليه ويكون ذلك دينا عليه فظاهر الحصر المذكور في قوله الا ان يأمره الى آخره يفيد انه لو امره ولم يقل ليكون دينا لا يرجع بما انفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان امر القاضي

فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

كامر اللقيط بنفسه اذا كان كبيرا لعموم ولاية القاضي فاذا انفق بالامر الذي يصيره دينا عليه فبلغ فادعى انه انفق عليه كذا فان صدقه اللقيط رجع به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة **قوله** فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف ره معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني سابقا على دعوى المدعي او مقارنا اما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى وان ادعياه معا فالملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وهو الذي يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسان والقياس ان لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه اذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير ممتن به ويد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحة هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب اتصال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشائخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء واما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد فقيل يصح قياسا واستحسانا لانه ليس فيه قياس يخالف والصحيح انهما ايضا فيه الا ان وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض ووجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي احال المصنف عليه ولو ادعاه اثنان خارجان معا فوصف احدهما علامة في جسده فطابق فهو اولى به من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة او كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو اقاما البينة واحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف احدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو اقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة احدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع فيه وانما قدم ذو العلامة لترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ادعاء اثنين عينا في يد ثالث وذكر احدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع لو وصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضى له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح احد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام احدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان احق به لظهور تقدم اليد وكلما لم تترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي ره يرجع الى القافة على ما قدمناه في باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف ره وهو رواية عن احمد ره وعند محمد ره لا يلحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين وعن ابي حنيفة انه جوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا تقبل الا ببينة لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان واقامتا البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة ره في رواية ابي حفص وعندهما لا يكون لواحدة منهما وهو رواية عن ابي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا ببينة **قوله** واذا وجد اللقيط في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرا للكفار ثم اجلوا فظهرنا عليه اولا

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذمياً وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة وان كان الواجد مسلماً في هذا المكان او ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافراً وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظراً للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهراً الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حراً لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك

ولا بين كونه فيه كفار كثيرون او لا فان ادعاه ذمي انه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلماً استحساناً والقياس ان لا يثبت نسبه لانه لان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين ثبوت النسب وهو ينفع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو يضره وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر بجواز مسلم هو ابن كافر بان اسلمت امه فصححنا دعوته فيما ينفعه في ثبوت النسب دون ما يضره الا اذا اقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافراً وذكر ابن سماعة عن محمد في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه زي اهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك ان يكون في رقبته صليب او عليه قميص ديباج او وسط راسه محزوز انتهى ولا ينبغي ان يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيراً ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب ان ينزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان كما قلنا في الحضانة اذا كانت امه المطلقة كافرة قوله وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة في دار الاسلام كان ذمياً قال القدوري رحمه الله قال المصنف رحمه الله وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة فان كان مسلماً في هذا المكان او في قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة او كان الواجد ذمياً لكن وجده في مكان المسلمين فقد اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط العبرة بالمكان في الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلماً في نحو الكنيسة او ذمياً في غيرها في دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى اختلف النسخ في بعض النسخ اعتبر الواجد في الفصلين وهو رواية ابن سماعة في الفصلين لان اليد اقوى من المكان الا يرى ان الصبي المسبي مع احد الابوين الى دار الاسلام يكون كافراً حتى لا يصلى عليه اذا مات وفي بعض نسخه اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام اي ما يصير الولد به مسلماً نظراً للصغير ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك وعلى هذا لو وجده كافر في دار الاسلام او مسلم في كنيسة كان مسلماً فصارت الصور اربعاً اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم او كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهو مسلم في كنيسة او كافر في قرية للمسلمين وفي كفاية البيهقي رحمه الله وقيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم اي يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط لو اختلط الفاس يعني موتانا بموتاهم الفصل بالزي والعلامة فلو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبياناً حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الاصل الحرية لما قدمنا الا ان يقيم بينة لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه احق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينتقض بما ادعى خارج نسبه فانه يزول بلا بينة على الاوجه والفرق ان يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي اوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حراً لان المملوك قد تلد له الحرة فيكون الاب عبداً والولد حراً لانه يتبع امه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك ولو نسبه ولادته الى امرأته فان اضاف الى امرأته الامة ففيه خلاف بين ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله ذكره في الذخيرة ان الولد حر عند محمد رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله عبد فمحمد رحمه الله يقول في دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق وانهما ينفصل احدهما عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وابو يوسف رحمه الله يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضروراته تبعاً فيحكم برقه تبعاً بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورة ثبوت كفره لجواز اسلام امه زوجته وعلى هذا لو قال الذمي انه من زوجتي الذمية لا يصدق فيما

والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ترجيحاً لما هو الأنظر في حقه وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتباراً للظاهر وكذا إذا كان مشدوداً على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لأنه للقيط ظاهراً وله ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة **قال** ولا تصرفه في مال الملتقط اعتباراً بالأم وهذا لأن ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما **قال** ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلاً وتملكه الأم ووصيها **قال** ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله **قال** ويؤاجره قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه ووجه الثاني أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى

قوله والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد يعني إذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا أنه إذا كان الملتقط ذمياً ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا إذا ادعى الذمي أنه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمي لأنه يحوز بالنسب والحرية مع الحكم بإسلامه ولا كذلك في دعوى رقه إلا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقاً كما أن الذمي إذا ادعاه ابناً له وأقام بينة من المسلمين يكون كافراً ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لأن العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى وكذا لو أقر بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح إقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد مأذوناً في التجارة فالقول قول العبد لأن للمأذون يداً على نفسه حتى صح إقراره بما في يده لغير السيد وإن كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حراً إلا أن يقيم سيده بينة أنه عبده **قوله** وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له بلا خلاف اعتباراً للظاهر أي دفع ملك غيره عنه ثم ثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله لما ذكرنا يريد قوله اعتباراً للظاهر ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع أي لا حافظ له ومالكه وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وكذا الغير الواجد بأمره والقول قوله في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي أيضاً لأنه للقيط كما حكمنا به وللواجد الإنفاق وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لأنه من الإنفاق وشراء ما لا بد له عطف على ولاية من قوله وله ولاية الإنفاق أي للواجد ولاية الإنفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه وبه قال أحمد رحمه الله ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط واللقيطة لانعدام سبب ولاية الإنكاح من القرابة والملك والسلطنة وكذا الإتلاف ولا تصرف في ماله ببيع ولا شراء شيء ليستحق بالثمن ديناً عليه لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتباراً بالأم فإنها لا تجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك أولى وهذا أي عدم تصرف كل من الأم والملتقط بالبيع ونحوه لأن ولاية التصرف إنما هو لتثمير المال وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل فالشفقة الوافرة الموجود من كل منهما أحدهما لأن في الأم شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقته لعدم القرابة ونظير ما ذكر المصنف رحمه الله هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة إذا بلغت وقد زوجها غير الأب والجد من كتاب النكاح **قوله** ويجوز أن يقبض أي الملتقط للقيط الهبة والصدقة عليه لأنه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلاً وتملكه الأم ووصيها قال القدوري رحمه الله ويسلمه في صناعة لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصناعته عن الفساد ثم قال القدوري رحمه الله ويؤاجره لأنه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية قال المصنف رحمه الله وهو الأصح لأنه لا يملك إتلاف منافعه فلا يملك تمليكها فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملك إتلاف منافعه بالاستخدام والإعارة بلا عوض فبالعوض بالإجارة أولى **فروع** ادعى الملتقط عبده بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق إلا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة بها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافراً ولا يثبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما يقضى به للمسلم لأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولأنه يعلم أحكام الإسلام بخلاف الكافر وإذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه إن كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه صح إقراره وصار عبداً لأنه غير متهم فيه وإن كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبداً لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعاً في ذلك فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعد ما كبرت إن كان

كتاب اللقطة

قال اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يضمن والقول قوله لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة أو أكثر لأنه اسم جنس

بعد التزويج صح وكانت أمة للمقر له فلا يصدق في إبطال النكاح لأن الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان والامرأة عليه صداق وصداقها لازم عليه لا يصدق في إبطاله لأنه دين ظهر وجوبه فهو متهم في إقراره هذا وكذا إذا استدان دينا أو بايع إنسانا أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق أو سلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم وتقدم أن ميراثه لبيت المال فلو أنه والى رجلا بعد ما أدرك الملتقط أو غيره إن كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بأن جنى جناية وعقله بيت المال فلا يصح لأنه لا ينقل ميراثه عن بيت المال وإن كان قبل ذلك جاز لأنه لم يتأكد لبيت المال فلان له أن يوالي من شاء فصار كالذي أسلم من أهل الحرب له أن يوالي من شاء إلا أن يجني فيعقله بيت المال

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز ونحوه وبسكونها للمفعول كضحكة وهزوة للذي يضحك منه ويهزأ به وإنما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس في الغالب تتبادر إلى التقاطه لأنه مال فصار المال باعتبار أنه داع إلى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازا وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الأصمعي وابن الأعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضا فمحمول على هذا المعنى يطلق على المال أيضا ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة أنه لا يحل له لأنه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير إذنه وبعض التابعين وبه قال أحمد رحمه الله يحل والترك أفضل أما الحل فلأنه عليه الصلوة والسلام لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمر بتعريفها على ما سنذكر وأسند إسحاق بن راهويه عنه عليه السلام من أصاب لقطة فليشهد ذوا عدل وأما أفضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي سقطت فيه ولو لم يذكر خصوص المكان فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لأنه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره ولأن الظاهر أن سقوطها في أثناء الطرقات التي يمر بها أو يجلس فيها عادة أمره وعامة الفقهاء على أنه الأولى وقيده الطحاوي وغيره بما إذا كان يأمن على نفسه فإن كان لا يأمن تركها ولأنه يجوز أن تصل يد خائنة إليها فإن غلب على ظنه ذلك إن لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها في مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره

قوله اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو أفضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الخ وإذا كان كذلك يعني إذا كان أشهد وإذا كان أمانة بأن أشهد لا تكون مضمونة عليه فلو هلكت بغير صنع لا ضمان عليه وكذا إذا صدقه المالك في قوله إنه أخذها ليردها لأن تصادقهما حجة كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع وإن لم يشهد وقال أخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يضمن وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد رحمهما الله وفي شرح الأقطع ذكر محمدا مع أبي يوسف والقول قوله مع يمينه أنه أخذها ليردها لأن الظاهر شاهد له إذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة لا المعصية ولأن الأخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فإذا أخذ إن لم يكن الظاهر أنه أخذه للمالك فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكا في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر كون المتصرف عاملا لنفسه فإن قال كون أخذ المال سببا للضمان إذا لم يكن بإذن الشرع فأما بإذنه فممنوع وإذا لم يثبت أن هذا الأخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب أن الإذن الشرعي مقيد بالإشهاد عند الإمكان على ما ذكرنا آنفا من رواية إسحاق من أصاب لقطة فليشهد ذوا عدل وهذا الاختلاف

قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال العبد الضعيف وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه على حسب ما يرى الامام وقدره محمد رح في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رح لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى به

فيما اذا امكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع او خاف انه ان اشهد اخذه منه الظالم فترك لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه ويكفي في معنى من الاشهاد كذا قال ان يكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي او عندي ضالة او شيء فمن سمعتموه الخ فاذا جاء صاحبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر لانه اي اللقطة بتاويل الملتقط اسم جنس ولا يجب ان يعين ذهبا او فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني ادنى ما يكون من التعريف ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذتها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا وقول المصنف رح يكفيه من الاشهاد ان يقول الخ يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام ان يكون الاشهاد الذي امر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلوة والسلام من وجد ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف اي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا والا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول وعلى هذا الخلافية ابي يوسف رح فيما اذا لم يعرفها اصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها وانه اخذها لذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد اي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما امر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه اخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد اي التعريف وقت الاخذ لانه لا بد منه قبل الهلاك ليعرف به انه اخذها لربها لا لنفسه حينئذ ثم ذكر في ظاهر الرواية من انه اذا اخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها او بعدما ذهب ثم رجع وظاهر ان هذا ان لم يظهر انه لم ياخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيده بعض المشائخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم اعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها اولا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ قوله فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وفسره المصنف رح بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روي عن ابي حنيفة رح ان كانت مائتين فصاعدا يعرفها حولا وان كانت اقل من مائتين الى عشرة عرفها شهرا وان كانت اقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفيه رواية اخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا يعني الى العشرة يعرفها عشرة ايام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة ايام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الائمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا اخذ بالرواية التي ذكرنا ما قبلها وهو جيد والظاهر انه انما قدر بتلك التقديرات في القليل لغلبة الظن ان المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة الظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي رح واحمد رح لقوله عليه الصلوة والسلام ما سنذكره وكذا روي عن عمر رض وعلي رض وابن عباس رض ووجه ما ذكر المصنف رح من قوله عليه الصلوة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وفيه الفاظ منها ما رواه البزار عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل ومضمر لا تحل اللقطة اي لا تحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان جاء صاحبها فادها اليه وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول الحاقا لها بما فيه الزكوة من المائتين فما فوقها

ينفي التضمين

وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغى ان يعرفها فى الموضع الذى اصابها وفى الجامع لان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها فان جاء صاحبها يعنى بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولى لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم مال الغير بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافى الضمان حقا للعبد كما فى تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك فى يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله

احتياطا وما دون العشرة ليس فى معنى الالف شرعا بوجه ففوضنا التعريف فيها الى رأى المبتلى به والمراد بقوله كانت مائة دينار ما فى الصحيحين واللفظ للبخارى من ابى بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته بها فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضى تقييد حديث العام على حد المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الامر بالتعريف سنة من غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره **قوله** وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ولا التقدير بالعام ويفوض الى رأى المبتلى بها يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وهذا ذكره شمس الائمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين فى المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط ان صاحبه يتركه بعد المدة اولى وهذا يختلف باختلاف خطر المال الا ترى ان المال لما كان ذا خطر كبير امره عليه الصلوة والسلام ان يعرفه ثلاث سنين **قوله** وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف وينبغى ان يعرفها فى الموضع الذى اصابها فيه وفى الجامع يعنى الاسواق وابواب المساجد فينادى من ضاع له شئ فليطلبه عندى واعلم ان ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضى تكرار التعريف عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة لكن يجب حمله على المعتاد من ان يفعله وقتا بعد وقت ويكرر ذلك كلا وجد فطنة وما قدمنا من قول الولوالجى مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة وهو من دفع الضمان عنه لا الواجب فان يذكر بالمرة بعد اخرى **قوله** وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد فلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم انه رأى تمرة على الطريق فقال لولا اخشى ان تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا يعلم خلاف فيه بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها فى يده له اخذها لان الاباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وانما كان القاؤها اباحة لا تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر شيخ الاسلام انها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك اخذها لانه لا يصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وكان يفتى الصدر الشهيد فى غير موضع بتقييد هذا الجواب اعنى يعود الانتفاع بها بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة فى مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها انما جمعها فالظاهر انه لم يعرض عنها بل سقطت منه او وضعها ليرفعها وعن ابى يوسف لو جز صوف شاة ميتة كان له ان ينتفع به ولو وجده صاحب الشاة فى يده كان له ان يأخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها ان يأخذها بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ وفى الخلاصة والتفاح والكمثرى والحطب فى الماء لا بأس باخذه **قوله** فان جاء صاحبها اخذها والا تصدق بها او اكلها ان كان فقيرا او استقرضها باذن الامام وتملكها ان شاء وان شاء امسكها ابدا حتى يجئ صاحبها واذا خشى الموت يوصى بها كيلا تدخل فى المواريث ثم الورثة ايضا يعرفونها ومقتضى النظر انهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها ان يضمنوا الانهم وضعوا ايديهم على اللقطة ولم يشهدوا اذ لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك ان قصدهم تغييبها ويجرى فيه خلاف ابى يوسف وسيأتى الخلاف فى ذلك فى آخر الباب فان جاء صاحبها بعد التصدق فهو بالخيار بين ثلاث ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذن المالك فيصير الثواب للانسان بكسبه او بفعل مختاره ولو بعد ذلك قبل لحوق الاذن والرضا قبل الاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه رضاه بذلك لان قيل البيع كذلك يتوقف على الاجازة وهى تتوقف على قيام المحل وقد يكون بعد استهلاك الفقير لها اجاب بان ذلك فيما توقف فيه الملك على الاجازة

قال: ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير، وقال مالك والشافعي: إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل، وعلى هذا الخلاف الفرس. لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة، والإباحة مخافة الضياع، وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع، ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب إلى الترك. ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة. فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك، وإن أنفق بأمره كان ذلك دينا على صاحبها، لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما بينا، وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه، فإن كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها، لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه، وكذلك يفعل بالعبد الآبق، وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها، إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة، وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها، لأنه نصب ناظرا، وفي هذا نظر من الجانبين. قالوا: إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها، لأن دارّة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة. قال رحمه الله: وفي الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح، لأنه يحتمل أن يكون غصبا في يده، ولا يأمر فيه بالإنفاق، وإنما يأمر به في الوديعة، فلا بد من البينة لكشف الحال، وليست تقام للقضاء، وإن قال لا بينة لي يقول القاضي له: أنفق عليه إن كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك إن كان صادقا، ولا يرجع إن كان غاصبا. وقوله في الكتاب: وجعل النفقة دينا على صاحبها، إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعدما حضر ولم تبع اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع على المالك، وهذا رواية وهو الأصح. فإذا حضر فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة، لأنه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع، وأقرب من ذلك راد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس.

كما في رجوع الفضولي. أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لأن الأمر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه، وإذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه يطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا إجماعا حتى ينتقل إليه الثواب، وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه. فإن قلت: لكنه بإذن الشرع وإباحته. قلت: الثابت بإذن الشارع إذنه في التصدق لا إيجابه، وهذا القدر لا ينافي وجوب الضمان حقا للعبد كما في إذنه في تناول مال الغير عند المخمصة والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان، بل إذا جاز أن يثبت إذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لأن الأصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير إذنه. وإن شاء ضمن المسكين إذا كان المدفوع إليه هالكا في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه. فإن قلت: إذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها بإذن الشرع فكيف يسترجعها؟ أجيب بأنه لا مانع من ثبوت الملك بإذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق، وإذا كان كذلك يحمل كذلك عند عدم إذنه. وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله. ونقل عن القاضي أبي جعفر أنه إنما يرجع على الملتقط إذا تصدق بغير أمر القاضي، أما إذا كان بأمره فلا يرجع. ورده بأنه خلاف المذهب، فإنه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمنه إذا لم يجز، فضلا عن الملتقط المتصدق بأمره، وهذا لأن القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظا لها لا إتلافا، فلا ينفذ من القاضي ما فيه إتلاف الملك شرعا، والقياس عدمه، والتصدق ليس كذلك.

قوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير، وقال مالك والشافعي وأحمد: إذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل، وعلى هذا الخلاف الفرس. لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة، والإباحة أي إباحة الالتقاط مخافة الضياع، إذا كان معها ما يدفع عن نفسها كالقرن مع القوة في البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس يقل ظن الضياع، ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة في الأخذ والندب إلى الترك، هذا، ولكن كلامهم يقتضي الخلاف في جواز الأخذ وحله وهو الظاهر. ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة، لكن هذا قياس معارض بما في الصحيحين وأصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني قال: جاء رجل سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال: اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها. قلت: فضالة الغنم؟ قال: لك أو لأخيك أو للذئب. وفي الصحيح قال: خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب. قال: فضالة الإبل؟ قال: ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها. وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت فقال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا يؤوي الضالة إلا ضال. وقال عليه الصلاة والسلام: إن ضالة المسلم حرق النار، رواه ابن ماجه. وجوابه في المبسوط بأن ذلك كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة لا تصل إليها يد خائنة، فإذا تركها وجدها، فأما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده، ففي أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى. ومقتضاه أنه إن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط، وهذا حق، فإنا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها، وأن ذلك طريق الوصول، فإذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ، والرد أقصى ما فيه أن يكون عاما في الأوقات خص منها بعض الأوقات بضرورة العقل بمن علم تأييد بحديث عياض بن حمار أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الضالة فقال: عرفها فإن وجدت ربها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء. ... فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك عن أن يشغلها بالدين بلا أمره، وإن أنفق بأمره كان دينا عليه لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما بينا الآن. فإذا رفع إلى الحاكم فإن كان للبهيمة منفعة وثم من يستأجرها أنفق عليها من أجرتها لأن فيه إبقاء العين

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجئ صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا
قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا

على مالكها بلا الزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن له منفعة او لم يجد من يستأجره وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر
بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل به الى مثله في الجملة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن
له في ذلك وجعل النفقة دينا عليه اذ فيه نظر من الجانبين جانب المالك بابقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع ثم قال المشايخ انما يأمر بالانفاق
يومين او ثلاثة على قدر ما يرجى ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين ويفضل
الدين على مالكها ولا نظر في ذلك اصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو امر به للتيقن بعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق
في اليومين او الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه وللقاضي
ان يعينه عليه ولو باعها بغير امر القاضي لا ينفذ بل يتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء اجاز البيع وان شاء
ابطله واخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لان ملك اللقطة
من حين اخذها وان كان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة في الاصح يعني المبسوط لشبهة الخبث بالنية فانه قال فان كان رفعها الى القاضي واقام
بينة انه التقطها امره ان ينفق وصححه المصنف لانه يحتمل انه غصبها ولا يؤمر بالنفقة الا في الوديعة وهذه البينة لكشف الحال اي لينكشف للقاضي
انه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم لذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها وان قال الملتقط لا بينة لي يقول له انفق عليها
ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بان يقول امرته بالانفاق ان كان الامر كما قال وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا
على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذه رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا حضر المالك فللملتقط
ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك منه فاشبه المبيع منه او قرب من ذلك رد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل
لما ذكرنا من التشبيه بالمبيع ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن من
حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له ان يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كان
بعد اعتبار الحبس كذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي ايضا فيفهم المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر فانه قال في التقريب
قال اصحابنا لو انفق على اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل
فيها ولا يتناولها اي العين عقد يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها
ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم دليل السقوط
فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة هنا ليسقط بهلاكها اذ لم يتناولها عقد الرهن والمصنف اوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن
منه حقيقة لكن النقل كما رأيت واما ما نقل عن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له حبسها اصلا فبعيد **قوله ولقطة الحل والحرم سواء** وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي
في قول وفي قول يجب تعريفها ابدا حتى يجئ صاحبها لا حكم لما سواه من تصدق ولا تملك لقوله عليه الصلوة والسلام فيما ثبت في الصحيحين من
حديث ابي هريرة لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها
لم تحل لاحد قبلي وانما احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي فلا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد والحديث المنشد المعرف والناشد الطالب

وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا

قال المغرب ... اسم ... شاعر ... في ... وهو معناه والفعل من الأول أنشد الضالة ينشدها إنشادا إذا عرفها ومن الثاني نشدها نشدانا ونشدا ونشدة إذا طلبها ولنا إطلاق قوله عليه الصلوة والسلام في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال اعرف عفاصها أي وعاءها من جلدة أو خرقة ونحوها ووكاءها أي رباطها الذي تشد به ثم عرفها سنة وتقدم فإن العام يجب في الخاص في ... أن يتعارضا فيحمل كل على محمل ... التعارض ... معناه ... الالتقاط ... تخصيص ... التعريف بها بسبب أن الظاهر ... من لقطة ... التعريف فيسقط ... فيما ... إباحة ... عليه الصلوة والسلام ... في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلوة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجيء صاحبها والحمل على ... في ... لعشر السرقة بمكة من ... الكثر ... من ... الأحكام إذا علم ... عليها ... شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة تتقرر شرعيته ... علم ... بخلاف العلم ... بسبب ... ولا مفسدة في البقاء فإنه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لا

الجلالة قوله فإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه لا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي وأحمد يجبر وإعطاء علامتها أن يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ... ذلك ... الشافعي ... والموجب للدفع مالك وأحمد واحتجوا بقوله عليه الصلوة والسلام فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن كعب ... فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها ... زيد بن خالد الجهني وفيه فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه ولا ... ولهما أن صاحب اليد ... الملتقط ... في اليد لا في الملك لأنه لا يدعيه فكانت منازعة من وجه دون وجه فيشترط ما هو حجة من وجه ... الوصف ... لا يشترط البينة لعدم منازعة في الوجهين جميعا ولنا أن اليد حق مقصود كالملك حتى أن غاصب المدبر يضمن قيمته ... غير اليد فيكون مثله ... إلا بالبينة ... الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذي رووه بناء على أن الأمر فيه للإباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر ... إن شاء الله تعالى في الدعوى ... صاحب اللقطة ... البينة ... بالعلامة ... كفيلا ... قال المصنف وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده أي عند أبي حنيفة فيما إذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة ... الغريم ... لوارث كفيل عنده وعندهما يؤخذ والفرق ... أن حق الحاضر ... ثابت ... أن يكون ... بخلاف الميراث فإن حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره ... موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر في ... قاضيخان أن فيه روايتين والصحيح أنه ... على المصنف ... الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء ... المواريث ... أخذ الكفيل عند دفع اللقطة ... والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة ... بالعلامة ... فإن صدقه مع العلامة ... فلا شك في ... يجبر ... وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع لا يجبر ... على دفعها إليه ودفع بالفرق بأن المالك ههنا غير ظاهر ... اللقطة ... غير ظاهر المودع في مسألة الوديعة ... ظاهر ... قبضها وإقرار ... ملك ... لأنه إقرار على ملك غيره ... بالتصديق أو بالعلامة ... البينة ... إن كانت قائمة في يد المدعي ... وإن كان ... المغصوب ... الملتقط ... ضمن القابض

ولا يتصدق باللقطة على غني لان المامور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال الافتقار في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا والله اعلم

لا يرجع على احد وان ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام احمد فيما اذا كان الدفع بتصديقه وفي رواية يرجع وهو الصحيح وجه قول احمد ان الملتقط اعترف انه مالكها وصاحب البينة ظالم بتضمينه فلا يظلم هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بامره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدقه في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل اقراره وصار كانه دفع بلا تصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كاقرار المشتري بالملك للبائع اذا استحقه غيره بالبينة فقضى له يرجع على البائع ومثل هذا يجيء في اقراره بانه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط ان في زعم المودع ان الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بامره وليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لغيره وانه ضامن اذا اثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى

قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لان المامور به هو الصدقة لقوله عليه الصلوة والسلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق وهو الصدقة لا يكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي ثنا زياد بن سعد عن سمي عن ابي صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليرده اليه وان لم يأت فليتصدق فان جاء فليخير بين الاجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط اذا كان غنيا ان يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله ان يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك اجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك لحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا اجاز دفعها الى فقير غير الملتقط ان كان اب الملتقط او ابنه او زوجته وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له ان يتملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر الى اذن الامام لقوله عليه الصلوة والسلام فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستمتع بها قالوا وابي كان من المياسير لما في بعض رواياته انه عليه الصلوة والسلام قال له الا فهي كسبيل مالك فقد جعل له ما لا تعلمه هذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي بل هذا ما في مسلم عن ابي بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء احد يخبرك فهي كسبيل مالك فظاهر هذا انه يحكي قوله للسائل ليس لابي وجاز كون ذلك كان فقيرا وهنا ما يدل على فقر ابي في زمنه عليه الصلوة والسلام وهو ما في الصحيحين عن ابي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان احب اموالي الي بيرحاء فماترى يا رسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها ابو طلحة في ابي وحسان وهذا صريح في ان ابيا كان فقيرا لكنه يحتمل انه ايسر بعد ذلك الا ان قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال واما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى ان قال والا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو ايضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم ان الخطاب لابي لم يخرج عن قضايا الاحوال اذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين ولو كان نصابا فجاز كونه اقل من النصاب وكونه مديونا قالوا لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة فيمتنع اذا كان غنيا لما اكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد امره عليه الصلوة والسلام باكلها فيما اخرج ابو داود عن سهيل بن سعد ان علي بن ابي طالب دخل على فاطمة والحسن والحسين يبكيان فقال ما يبكيهما قالت الجوع فخرج علي فوجد دينارا في السوق فجاء الى فاطمة فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي انت ختن هذا الرجل الذي يزعم انه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي فاخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم لحم فعجنت وخبزت وارسلت الى ابيها فجاء فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذكر لك فان رأيته حلالا لنا اكلناه ومن شأنه

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل فى حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

ولهذا لكن فقال كلوا بسم الله فاكلوا فبينا هم كذلك اذا غلام ينشد الله تعالى والاسلام الدينار فامر النبى صلى الله عليه وسلم به فدعا فسأله فقال سقط منى فى السوق فقال عليه الصلوة والسلام يا على اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى الدينار ودرهمك على فارسل به فدفعه عليه الصلوة والسلام الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذرى لعل تأويله ان التعريف ليس له صفة يعتد بها فمراجعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ملأ من الخلق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة غير ظاهر لم يذكر له ذلك الا بعد ان خبزوا وخبزوا واحضروه صلى الله عليه وسلم على الاكل نعم يجب الحكم بان عليا عرفه قبل ان يأتى به الى فاطمة وان لم يذكر وقد روى عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وابو يعلى الموصلى وفيه انه اتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال شأنك فيه وفيه دليل المختار لشمس الائمة من ان التقدير بحول غير لازم بل الى ان يسكن نفسه الى ان طالبه قطع نظره عنه وفى سند ابى بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندى ابو بكر بن عبد الله بن ابى سبرة وهو لين الحديث قال ابنه عبد الحق هو متروك الحق ان الحديث ضعيف من جهة الاضطراب فى الرواية الاولى من انهم انما اكلوه بعد ما اشتروا وصار مستهلكا وكل هذا يعض ما فى الثانية من انه اعلمها مرة تعريفه ثم امره باخذه وفى الاول انه دفع عينه للمنشد وفى الثانية انه جعله دينا عليه وقال اذا جاءنا اديناه اليك وغير ذلك الاضطراب موجب للضعيف ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به انه استقراضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز انتفاع الملتقط الغنى فلما سلمنا ضعف حديث ابى هريرة فى الصدقة بناء على تضعيف السمنى كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان للملتقط حكما آخر ونحن نطالبه فى اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء ❖

كتاب الاباق

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض للتلف فاضل فيما فى الاباق فكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفى اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب الاباق فى اللغة الهرب ابق يابق كضرب يضرب الهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغييب بل هو المنقطع عن مولاه بجهله بالطريق اليه **قوله** الآبق اخذه افضل من تركه فى حق من يقوى عليه اى يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا علم فى هذا خلاف ويمكن ان يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين ان يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب اخذه اولا فلا واختلف فى اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احيائه والتعاون على البر وقيل تركه لانه لا يبرح مكانه فينتظر المولى حتى يجده ولا يخفى ان انتظاره فى مكان غير معين منه ليس بواقع بل يجد الضال يدور متحيرا ثم لا شك فى ان محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغى ان يختلف فى فضيلة رده واخذه **قوله** ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الآخذ الاول لك عادة بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خيره الحلوانى بين ان يأتى به السلطان او يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا اتى الامام بالآبق فجاء رجل فادعاه واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه باق الى الآن فى ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال

قال ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعي رح لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولا حاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي

انه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زوال السبب لا يعلمونه وانما يستحلف مع عدم خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطأ ونظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن البينة ففي او لو يأخذ الكفيل او تركه روايتان فكما يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد انه له ويأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذ اكبر مال بيت المال لانه كان مستحقا له لفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وامسك ثمنه بعد اخذ ما انفق لبيت المال منه فان جاء مالكه واقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينقض بيع القاضي لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤاجره وينفق عليه من اجرته لانه لا يخشى ان [الابق] يفعله سيد الآبق فيخفى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره وينبغي ان يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة مستأصلة ولا نظر في ذلك للمالك يجب لظاهر **قوله** ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من مسيرة سفر فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيئا الا بالشرط بان يقول من رد على عبدي فله كذا كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا ووجه القياس انه اذا تبرع بمنافعه في رده او تبرع بعين من اعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا وهو قول مالك واحمد في رواية قالا لمعي في وجه الاستحسان لنا اجماع الصحابة على اصل الجعل الا ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب دونها وذلك انه اذا اظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره احد وذلك ان محمدا رح روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت عند ابن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من القيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل راس اربعين وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال اخبرنا سفيان الثوري عن ابي رباح عبد الله بن رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلمانا اباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل راس وروى ابن ابي شيبة ثنا محمد بن يزيد عن ايوب عن ابي العلاء عن قتادة وابي هاشم عن عمر رض قضى في جعل الآبق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع ثنا سفيان عن ابي اسحق قال اعطيت الجعل في زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا ثنا يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما وروى ايضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القريب لا قدر مسيرة سفر منه وعن هذا روي عن عمار ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المصنف الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونه يريد من عمر وعلي وقد علمت الرواية من عمر ايضا ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخرى والرواية عن علي مضعفة بالحارث المذكور فكانت رواية ابن مسعود اقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو امثل ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا تساويا في القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ يحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على ما دونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر والتلفيق الضم لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقة الى شقة والان انتصب التلفيق

وتعين الرضخ فى الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راى القاضى وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هى اقل مدة السفر قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضى الله عنه هذا قول محمد رح وقال ابو يوسف رح له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رح ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر فى هذا بمنزلة القن اذا كان الرد فى حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو فى عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب

لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع واصحها حديث ابن مسعود فهو لعد كونه مثبتا للزيادة وزيادتها لعدل مقبولة راجح ولا يخفى ما فى هذا ولان ايجاب اصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادر فشرع للمصلحة الراجعة الى العباد من صيانة اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدرى بالسمع ولا سمع فى الضال فامتنع الحاقه به قياسا ودلالة ايضا لان الحاجة الى صيانة الضال فى رده دونها فى رد الآبق لما فى رده من زيادة التحفظ فى حفظه والاحتياط فى مراعاته كيلا يأبق ثانيا مما ليس فى رد الضال منه شئ ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر ان يأخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا بهذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدى قد ابق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده ليس له شئ لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله وفيما دونه اى اوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر كان ذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدارا وذلك هو الواجب فاذا احملنا بعضه على ما دون السفر صح كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب **قوله** ويقدر الرضخ فى الرد عما دون السفر باصطلاحهما اى المالك والراد او يفوض الى راى القاضى يقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشائخ يقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث **قوله** وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال المص وهذا قول محمد وهو قول ابى يوسف رح الاول وقال ابو يوسف رح آخرا له اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكروا قول ابى حنيفة رح فى عامة كتب الفقه وذكر فى شرح الطحاوى مع محمد رح وجه ابى يوسف رح ان التقدير بها ثبت بالنص اى قول ابن مسعود وعمر رض ووجب اتباعها والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما او وجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينقص عنها ولمحمد ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينتقص منه درهم ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة وانما قدر ايجاب الجعل فتعيين الدرهم لان ما دونه كسور وام الولد والمدبر فى هذا بمنزلة القن اذا كان الرد فى حياة المولى لما فيه من احياء ملكه وبه يحيى ماليته له اما باعتبار الرقبة كما فى المدبر او باعتبار الكسب كما فى ام الولد لانه عنده لا مالية فيها عنده لكنه احق باكسابها ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت فيقع رده حرا لا مملوك على مالكه فهذا فى ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لانه ح يعتق بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابى حنيفة رح يصير كالمكاتب لانه يسعى فى قيمته ليعتق ولا جعل فى رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كمن عليه دين لم يرد فيه لا يستحق شيئا بخلاف القن **قوله** ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو فى عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل له وقيد فى عياله ان رجع الى الراد او الى الابن اقتضى ان تقييد نفى الجعل اذا كان الراد ابنا بكونه فى عيال المالك اى فى نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان فى عيال ابيه المالك او لا وحاصله الحال ان الراد ان كان ولد المالك او احد الزوجين على الآخر او الوصى لا يستحق جعلا مطلقا اما الولد فلان الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك هذا التقييد عدم الوجوب وان لم يكن فى عياله فاذا كان فى عياله فبطريق الاولى

رد الغصب

قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ مكان قوله فلا شيء عليه فلا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا **قال** ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان في حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز **قال** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن فان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء

واما احد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب الزوج عبد امراته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الرد بجهة الخدمة بمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استاجرها لتخدمه لا يجب لها شيء واما الوصي فانما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشان الوصي ان يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الآبق لمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع ح لم يوجد نصا ولا عرفا **قوله** وان ابق من الذي يرده فلا شيء عليه اي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باباقه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به بالرد كانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده او ابق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط ان يكون اشهد على قول ابي حنيفة رح ومحمد لانه ح صار امانة عنده كما في اللقطة وقال ابو يوسف رح لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في جميع ذلك مع يمينه اذا علم انه كان ابقا فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وانكر المولى اباقه الا ان يشهد شهود انه ابق من مولاه او يشهدوا على اقرار المولى باباقه **قوله** ولو اعتقه المولى كما لقيه اي رآه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري اذا اعتقه قبل القبض يصير قابضا ويجب الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد قبل قبضه يصير قابضا لسلامة بدله وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله لكنه بيع من وجه لا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز واورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات اجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة **قوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده قال المص فالاشهاد حتم فيه اي في اخذ الآبق عليه اي على الآخذ على قول ابي حنيفة ومحمد وتفسير بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم بتركه استحقاق العقاب ويتطوع بانه اذا اخذه فقصد الرد على المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه وانما الاشهاد شرط به لاخذ الآبق بلا اتفاق استحقاق الجعل وسقوط الضمان ان مات عنده او ابق لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه الراد من الآخذ او اتهبه منه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه فانه بالشراء والاتهاب قاصد التملك ظاهرا فيكون عاصيا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو اوصى له به او ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لانه رده لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء من الآخذ انه انما اشتريته لارده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بالشراء فح له الجعل ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي **قوله** وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لان بالرد حييت ماليته ومالية حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية الا ترى ان بالاباق سقط الدين بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود به والرد

وإن كان مديونا فعلى المولى إن اختار قضاء الدين وإن بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لأنه مؤنة الملك فيجب على من يستقر له الملك وإن كان جانيا فعلى المولى إن اختار الفداء وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعود المنفعة إليهم وإن كان موهوبا فعلى الموهوب له وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وإن كان لصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لإخفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به لأنه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن **قال** وينفق على زوجته وأولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع ...

في حياة الراهن وموته سواء لأن الرهن لا يبطل بالموت وهذا أي كون الجعل على المرتهن إذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل فإن كانت أكثر من الدين قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما أصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن مثلا الدين ثلثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كالثمن ومداواة الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء إذا كان الدين أكثر من قيمة النفس عليهما كذلك **قوله** وإن كان مديونا أي إن كان العبد الآبق مأذونا لحقه في التجارة دين أو أتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لأنه مؤنة الملك في العبد بعد مباشرته سبب الدين كالموقوف إن اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لأن الملك استقر له وإن اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا إنه مؤنة الملك والباقي للغرماء فظهر أن قول المصنف فيجب أي الجعل على من يستقر له الملك تجوز فإنه لا يجب على المشتري وكأنه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه وإن كان أي العبد جانيا أي جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده حتى أبق فرد من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من يستقر له إن اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعة إليه وإن اختار الدفع إلى أولياء الجناية فعليهم لعودها إليهم ولو كان قتل عمدا فأبق ثم رد لا جعل على أحد أما المولى فلأنه إن قتل لم يحصل له بالرد منفعة وإن عفي عنه فإنما حصلت بالعفو وأما ولي القصاص فإن قتل فإنما حصل له التشفي لا المالية وإن عفي فظاهر وإن كان موهوبا فإن أبق ممن وهب له ثم رد فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد أو لا أما إذا لم يرجع فظاهر وأما إذا رجع بعد المجيء فلأنه وإن حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك وأورد عليه أنه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد أجيب بأن الترك آخر جزئي العلة وإليها يضاف الحكم وأما الجواب بأنه إذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المعلل بتقريره وإن كان الآبق لصبي فالجعل في ماله لما تقدم أنه مؤنة ملكه وإن رده وصيه فلا جعل له وقد بيناه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقا له لأنه إذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع أن العرف في التبرع وفي الكافي للحاكم أبق أمة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فإن كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لأن من لم يراهق لم يعتبر آبقا وفي الذخيرة والمحيط لو أخذ آبقا فغصبه منه آخر فجاء به إلى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة أنه أخذه يأخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع إليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد أبق من الآخذ فوجده آخر فرده إلى سيده إن جاء به من مدة السفر فالجعل له وإن وجده لأقل فجاء به لا جعل لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان أو الشحنة أو الخفير في رد الآبق والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم ولا أن يقال لا أخذهم العطاء على ذلك ونصبهم له + + ++

كتاب المفقود

هو الغائب الذي لا يدري حياته ولا موته **قوله** إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه أي على ماله ويستوفي حقوقه لأن القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون على القاضي أن يفعل في أمرهم ما ذكرنا لما ذكرنا وقوله أي قول القدوري يستوفي حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه ويخاصم في دين وجب بعقده أي بعقد الذي نصبه القاضي لأنه أصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين

تمن على الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثانى الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر بمنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب هذا اذا كانت فى يد القاضى فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هو الصحيح

الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار او عروض فى يد رجل ولا فى حق من الحقوق اذا جحده من هو عنده او عليه لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف فى الوكيل بقبض الدين من جهة المالك عند ابى حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك واذا كان كذلك يعنى اذا كان وكيل القاضى لا يملك الخصومة ولو قضى القاضى بخصومته كان قضاء على الغائب والاوجه ان يقول للغائب والقضاء عليه فيها او ادعى انسان على المفقود دينا او وديعة او شركة فى عقار او رقيق او رد العيب او مطالبة باستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما يسمعان على خصم وهذا الوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضى اى رأى القاضى المصلحة فى الحكم للغائب وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغى ان لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضى محدودا فى قذف فان نفاذ قضائه موقوف على ان يمضيه قاض آخر اجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد فيه سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر اولا فاذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف وفى الخلاصة الفتوى على هذا ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعها القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان او عقارا فى نفقة ولا غيرها لان القاضى لا ولاية له على الغائب الا فى الحفظ وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا الجئ فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض او عقار او خادم واحتاج ولده او زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصى فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حفظ وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته ايسر وبها لا ولاية للقاضى على الغائب الا فى الحفظ وفى المبسوط قال ابو حنيفة رح ان كان للاب محتاج فله ان يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفى القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخى ان محمدا ذكر قول ابى حنيفة رح فى الامالى وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقى اثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع ان الحاجة الى ذلك ليس من اصول الحوائج فاذا ثبت بقاء اثر ولايته كان كالوصى فى حق الوارث الكبير وللوصى بيع العروض دون العقار وينفق على زوجته واولاده من ماله يعنى الحاصل فى بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقر او دين على مقر قال المصنف وليس هذا مختصا بالاولاد قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعنى من الاب والجد وان علا والاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان لهم ان ياخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان اعطاء القاضى ان كان المال عنده او تمكينهم ان كان عندهم اعانة لا قضاء على الغائب كما اذا ظفر غرماؤه بجنس حقهم كان لهم ان ياخذوا ذلك وكل من لا يستحقها فى حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله فمن الاول ما ذكر المصنف قضاها للاولاد الصغار والاناث الكبار اذا لم يكن لهم مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه فى حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهى تندفع بالغنى ومن الثانى يعنى من لا يستحق الا بالقضاء الاخ والاخت والخال والخالة ونحوهم من ذى رحم غير الولاد وقوله اى قول القدورى من ماله يعنى الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن فى ماله عين المطعوم والملبوس يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر غير المضروب كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كان الدراهم والدنانير والتبر فى يد القاضى فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما ان كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرا بالدين والنكاح والنسب وهذا معنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين معروفين له فلا يحتاج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده احدهما الوديعة والدين او النكاح والنسب جعل كل اثنين واحد

فان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رح اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رض هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار من الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رض فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رض رجع الى قول علي رض ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبره الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة

يشترط اقرار من في جهته المال بالامر الذي ليس ظاهرا فيقر في الاول عند القاضي بان هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له وديعة او علي دينه وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لان هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيئا عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب لا يقضي على الغائب بلا خصم ومثل هذا في الدين ايضا قلنا المودع مقر بان ما في يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد يقال ايضا في جوابه نعم القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة ابي سفيان وقد اسلفناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها آكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر على الكسب **قوله** ولو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فكان له ان يأمر هو لا بالقبض وليس للقاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي ايفاء ما عليه من الحقوق ايضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جاز له ان يوفي ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من في عيال المودع يبرأ اجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضي منهم كفيلا لاحتمال انه طلقها قبل ذهابه او عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب اخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا فلو كان المودع والمديون جاحدين اصلا اي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية او جاحدين للنسب والزوجية معترفين بالوديعة والدين او بالعكس ولم يكونا ظاهرين عند القاضي لم ينتصب احد من مستحقي النفقة الزوجة او الاب او الابن خصما في ذلك اي في اثبات الدين او النسب او الوديعة باقامة البينة على شيء من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولان ما يدعيه للغائب سببا متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى في ادب القاضي **قوله** ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة وان كان من غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة لذلك هذا منه في الايلاء بناء على انه لا توجب الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنهما عملا بالشبهين وحديث الذي اختطفته الجن رواه ابن ابي شيبة ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة ان رجلا استهوته الجن على عهد عمر بن الخطاب رض فاتت امرأته عمر فامرها ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين امرأته والصداق واخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا اليك امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا

قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي

وروى مالك في الموطأ ان عمر بن الخطاب قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر اين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل واسند ابن ابي شيبة عن سعيد بن المسيب ان عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود تتربص اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا واسند ابن ابي شيبة عن خالد بن يزيد ان ابن عمر وابن عباس في المفقود فقالا تتربص اربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تتربص اربعة اشهر وعشرا قال المصنف ولنا قوله عليه الصلوة والسلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان اخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب ثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفي بعض نسخه حتى يأتيها الخبر وضعف بمحمد بن شرحبيل قال ابن ابي حاتم عن ابيه يروي عن المغيرة مناكير اباطيل وقال ابن القطان سوار بن مصعب اشهر في المتروكين ثم عارض المصنف بقوله على قول عمر رضه وهو ما روى عبد الرزاق اخبرنا محمد بن عبيد الله العرزمي عن الحكم بن عتيبة ان عليا رضه قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق انبأنا معمر عن ابن ابي ليلى عن الحكم ان عليا قال وقال اخبرني ابن جريج قال بلغني ان ابن مسعود وافق عليا على انها تنتظره ابدا واخرج ابن ابي شيبة عن ابي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها ان تتزوج حتى يستبين موته وقوله لان النكاح الخ اعلم ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فمذهب عمر رضه الى ما تقدم وذهب علي رضه الى انها امرأته حتى يأتيها البيان انسان في ترجيح الحديث الضعيف ايضاح بقوله الاجماع بالاصالة اذ ذكر من موافقة ابن مسعود ومن ان ذلك شرع المصنف في وجه آخر فقال ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزول النكاح بالشك وذكر ان عمر رضه رجع الى قول علي رضه وابن ابي ليلى قال ثلث قضيات رجع فيها عمر الى قول علي في امرأة المفقود وامرأة ابي كنف والمرأة التي تزوج في عدتها فقولنا في الثلاثة قول علي ثم فامرأة المفقود معروفة واما امرأة ابي كنف فكان ابو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم تزوجت ثم قدم فوجدها قد تزوجت ثم اتى عمر فقص عليه القصة فقال ان لم يكن دخل بها الثاني فهو احق بها وان كان دخل بها فليس له عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها فقال ان لي اليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير عمر فعرفوا انه جاءها من بين هذا اعني عدم ثبوت الرجعة في حقها اذا لم تعلم حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لرفع الغرر عنها ثم رجع الى قول علي ان الرجعة صحيحة وهي منكوحته دخل بها الثاني اولا واما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة ينبغي ان يفارقها زوجها فتخرج وكان عمر يضربهما اذا اتى زوجها ويجعل مهرها في بيت المال فرجع عمر الى قول علي انه يفرق بينهما وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا وهذا على رأينا بان الوقوع بعد انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال ولا بالعنة لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة والعنة قل ما تنحل بعد استمرارها سنة فكان عود المفقود ارجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم ان يشرع فيه ما شرع فيها **قوله** واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال المصنف هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين الاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قل ما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع اكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر واما قيل ان هذا يرجع الى قول اهل الطباع فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح وغيره فمما لا ينبغي ان يذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم اعرف لما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السابقة للبشر بل لا يحل لاحد ان يحكم على ائمة المسلمين انهم اعتمدوا في قول لهم على امر هم يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر ان يعيش الانسان بعد موت اقرانه فلا يبنى الحكم عليه ثم اختلف فذهب بعض المشايخ الى ان المعتبر موت اقرانه من جميع البلاد واخرون ان المعتبر موت اقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقاليم بحكم العادة ولذا قالوا الصقالبة اطول اعمارا من الترك [illegible] يعتبر بأقرانه في بلده ولان في ذلك حرجا كثيرا في تعرف موت اقرانه من جميع البلاد ان يجده في بلده فانما فيه نوع حرج محتمل واما المروي عن ابي يوسف رح فذكر عنه وجه شبهه ان يكون على سبيل المداعبة منه لم قيل انه سئل عنه فقال ابينه لكم بطريق محسوس

ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابني ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى لو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا

فان المولود اذا كان ابن عشر يدور حول ابويه هكذا او عقد عشرا فاذا كان ابن عشرين كان بين الصبا والشباب هكذا او عقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين يستوي هكذا او عقد ثلاثين فاذا كان ابن اربعين يحمل عليها الاثقال هكذا او عقد اربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشتغال هكذا او عقد خمسين فاذا كان ابن ستين تنقبض الشيخوخة هكذا او عقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا او عقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا او عقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين ينضم امعاؤه في بطنه هكذا او عقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره ان لا يجاوز المائة وقوله في المبسوط كان محمد بن سلمة يفتي بقول ابي يوسف رح حتى تبين له خطاؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطائه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطيا فيما اعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي انه عاش مائة وتسع سنين او اكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب في اعمار اهل زماننا وهكذا لا يصح الا ان يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في اهل زماننا ان لا تزيد على ذلك نعم المتاخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول او مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المصنف والارفق اي بالناس ان يقدر بتسعين وارفق منه التقدير بستين وعندي الاحسن سبعون لقوله عليه الصلوة والسلام اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي **قوله** ومن مات منهم اي ممن يرث المفقود قبل ذلك اي قبل ان يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود وبناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجري مناسخة فترث ورثته من المفقود لانه لم يحكم بموت المفقود بعد وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الاحد باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل في دفع الاستحقاق عليه ولذلك جعلناه حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي في حال فقده قال محمد لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود يعني توقف نصيب المفقود الموصى له به الى ان يقضي بموته فاذا قضي جعل كانه مات الآن وفي استحقاقه لمال غيره كانه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره **قوله** ثم الاصل انه اذا مات من حيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب المفقود حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك الوارث اقل نصيبيه ويوقف الباقي حتى تظهر حياة المفقود او موته او يقضي بموته وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى لذلك الوارث شيء بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابني ابن وابنة ابن والمال للمورث في يد اجنبي وتصادقوا اي الاجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه تيقن به لان اخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف تيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الاجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت خيانته بان كان انكر ان للميت عنده مالا حتى

كتاب الشركة

اقامت البنتان البينة عليه فقضى بها لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه يوخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته ولو كانوا لم يتعصبوا وقوا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود فيجبر على دفع الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد اقر ان ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول اولاد الابن ابونا او عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يوخر شئ للمفقود بل تقضي للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف في ايديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا اعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف وثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات اخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في ايديهما اعطيناهما الثلثين ووقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في ايديهما فان ظهر حياته اخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا على انه مفقود يعطي البنتان النصف لانهما ادعياه بالاقرار لفقده ويوقف النصف الاخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان اباهما مات لم يدفع اليهما شيئا حتى يقيموا البينة على موته قبل ابيه او بعده فان اقامت على موته قبله يعطي لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذا مات عن بنتين واولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطي لهم النصف لان الميت مات عن ابن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف ونظيره اي في وقت الميراث عند الشك في النصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واختيره مما روى عن ابي حنيفة يوقف له ميراث اربع بنين لما قال شريك رايت بالكوفة لابي اسمعيل اربع بنين في بطن واحد وعما عن محمد ميراث ثلاثة بنين وفي اخرى نصيب بنين وهو رواية عن ابي يوسف نصيب واحد وعليه الفتوى ولو كان مع الحمل وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطي كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامراة حاملا تعطي المراة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطي شيئا وان كان ممن يتغير يعطي الاقل للتيقن به مثاله ترك امراة حاملا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا واخا وعما لا يعطي شيئا لان الاخ يسقط بالابن وجاز ان يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان اصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطي شيئا ولو ترك حاملا واما او زوجة تاخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الام الثلث او حيا اخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الربع والله الموفق للصواب.

كتاب الشركة

هو باسكان الراء في المعروف اورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الاخر كما ان مال المفقود امانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاول عامة فيهما وفي الابق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها اولا لانه الابق لشموله عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والابق وكان بعضهم تخيل ان عرضية الهلاك للمال فقال ان المال على عرضية التوى حاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا نظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما ايضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال اي حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه اي تعلق به اشتراكهما

الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وآله وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه **قال** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى

اي خلطهما وكونهما في شركة العين اختلاطهما او في شركة العقد اللفظ المفيد لهذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيد شركة العقد بالاضافة فهي اضافة بيانية **قوله** الشركة جائزة الخ قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود والاصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء اي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع انه حكاية قول داود وعدم اخبار الخصمين عن شرعيته اذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا واما السنة فما في ابي داود وابن ماجة والحاكم عن السائب انه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب عن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلوة والسلام مرحبا باخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري يا سائب قد كنت تعمل اعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول الامام السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن ابي السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت فيه شيء ولا يقوم به حجة انما يصح اذا اراد الحجة في تعيين الشريك من كان اما عرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث اي يدافع ثم ايراد المشائخ هذا انما يفيدان الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعني انه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثاني ما في ابي داود ومستدرك الحاكم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانه خرجت انا من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه ابن القطان بجهالة والد ابي حيان وهو سعيد فان الرواية عن ابي حيان عن ابيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن ابي حيان مرسلا ورواه الدارقطني يد الله على الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه دفعها عنهما ولا شك ان كون الشركة مشروعة اظهر ثبوتا مما به ثبوت شرعيتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره عليه الصلوة والسلام عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر فذكر المصنف انها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا او ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال حربي او ملكه بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما بان انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما او اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة او يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا ان بعضهم ذكر في شركة الاملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولهذا اجاز هبته ممن عليه الحق وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولهذا لم تجز من غيره من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما شيئا كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما اخذ فليس له ان يقول هذا الذي اخذته حصتي والباقي على المديون حصتك لا يصح من المديون ايضا ان يعطيه شيئا على انه قضاه واخذ الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ بما اخذه دون شريكه ان يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف في نصيب شريكه الا بامره لان كلا منهما في نصيب الآخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وانه يجوز ان يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في صورتي الخلط والاختلاط فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المصنف وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى وحقيقة الفرق

والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى

ما اشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط او الاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك لقدرته على التسليم والتسلم واما ما ذكر شيخ الاسلام من ان خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك من المخلوط ماله الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سببا لزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في حق الاخر من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وايضا فالزوال الى الخالط ليس الا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر اثره في الملك وانما يتبين به اي التعدي هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلط قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول ثم فسر المصنف العقد وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا فيقول الآخر قبلت اي في كذا من المال في كذا من التجارات البزازية او البقالية في اي او في كل مالي ومالك بهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سياتي ولا يلزم الالفاظ المذكورة بلازم بل المعنى لما ذكر القاضي والوجه ان يكتب شركة ما اخرج ... هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة ثم يبين قدر راس مال كل منهما ويقول ذلك كله في ايديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل واحد منهما برايه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا ان بعض العلماء يقول لا يملك كل منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهم على قدر رؤس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر راس المال باطل فان شرطا الربح متفاوتا فصحيح فيما سنذكر فاذا كان شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على كذا في الشركة انما في ... ثم يكتب التاريخ كيلا يدعي احدهما التقدم فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ قوله وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة فعقد الشركة منصوب على المصدر معمول المعقود وكل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك ليكون المستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه اي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف واصيلا في الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب قوله ثم هي اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه قيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال ولا وفي الاول اما ان تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره اولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال اما ان يشترط العمل في مال الغير اولا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه انه يقتضي ان شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما ياتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منها على وجهين مفاوضة وعنان وسياتي البيان ان شاء الله تعالى قوله فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما انه وكيل عنه لانها شركة عامة يفوض

وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فإنه أعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لأن المعتبر هو المعنى قال فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوي

كل منهما إلى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات لأن المفاوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلازم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف إذ هي من المساواة تساهل لأنها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض أو من الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم وانتشر وأما أن معناها المساواة واستشهد بقول الأفوه الأودي ؛ لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ؛ ولا سراة إذا جهالهم سادوا ؛ وبعده ؛ إذا تولى سراة الناس أمرهم ؛ نما على ذاك أمر القوم فازدادوا ؛ وقيل بعده ؛ تهدى الأمور بأهل الرأي ما صلحت ؛ فإن تولت فبالجهال تنقادوا ؛ ومعنى البيت إذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون إليه بل كان كل واحد مستقلا بنفسه في مراده كيف كان تحققت المنازعة والفساد كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع لأن فعيلا لا يجمع على فعلة والسري فعيل جمع فعلة بالتحريك وأصله سروة فتحركت الواو وانفتح ما قبلها فقلبت ألفا فصار سراة وأصل سري سريو اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم أدغمت في الياء وسيأتي وجه المساواة فلا بد من تحقق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء أي في مدة البقاء لأن عقد الشركة عقد غير لازم فإن لكل منهما أن يفسخه متى شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فكما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لأن الشركة انتقلت إلى المشترى وإنما تعتبر بسعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لأن الشراء بالمالين معا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولأن المساواة قائمة معنى لأن الآخر لما ملك نصف ما اشتراه صاحبه صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ما لم يشتر به لصاحبه غير أنه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لأحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لأحدهما ألف وللآخر مائة دينار قيمتها ألف صحت فلو تفاوتت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو وهبت له تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لأحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت إلى أن يقبضه فإذا قبضه فسدت وصارت عنانا وكذا المعتبر التساوي في التصرف فإنه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين كما نبين عن قريب قوله وهذه الشركة

جائزة في قول أصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس أن لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة وهذا لا يلزم منه تفيض حكم قبل إذا لم يعرفها فكيف يحكم بفسادها لكن العالم الثقة يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والنفي لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل إلى الآخر التصرف في غيبته وحضوره ويكون يده كيده غير أن لا يشترط التساوي في المالين وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره أبو بكر الرازي وجه قولهما وهو وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل بانفراده فاسد ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو فعل [illegible] ما يشتري فإنه [illegible] فإن [illegible] الوكالة عامة جائزة كما لو قال له اعمل وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له أن [illegible] وكالة [illegible] فإذا لم يكن هاكان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان أمران أحدهما [illegible] أعظم للبركة وقوله عليه السلام إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف

وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا يجوز أيضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما إلا بإذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين

في كتب الحديث أصلا والله أعلم به فلا يثبت حجة على الخصم وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمقارضة واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض نسخ ابن ماجه المعارضة بدل المقارضة ورواه إبراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط المعارضة بالعين والضاد وفسره بيع عرض بعرض مثله والأخرى ما ذكره من أن الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس لأن التعامل كالإجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط الذي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من المتفاوضين بل على شرط التفويض العام كما عن مالك لكن ثم أجاب عن القياس فقال الجهالة متحملة لأنها إنما تثبت تبعا والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما في المضاربة فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام وأشكل الكلام على هو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن إلزام الكفالة لمجهول وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فيها فلا تبطل الكفالة ولكن يمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لأن كل واحد منهما إنما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارة وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المصنف لم يعرج عليه لأنه لا يصح جهالة المكفول له بمجهول ابتداء لأن عند اللزوم لا بد من تعيين المكفول له فاكتفى بنفي الإلزام لما ذكر من أن الشيء قد يثبت تبعا ضمنا والإلزام من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن إثبات ضمنا شيء أخذا من هذا الجواب بكذا تصرف نافع لا مانع فيه فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع إذا ثبت قصدا والمنع من منع الشيء إذا ثبت قصدا منعه إذا ثبت ضمنا فإن قيل فمن أين اشتراط المساواة في المال قلنا هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح وذلك لأن الشركة في صورة يكون الشريكان متساويين فيما يملكان على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا إن عقدا على الوجه الأول سميناها شركة مفاوضة وإلا سميناها عنانا غير أنا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا إياه علما على تمام المساواة في أمر الشركة فإذا ذكرا يثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى بخلاف ما إذا لم يذكر بالعدم تحقق رضاهما بأحكامها إلا أن يذكر تمام معناها بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى أن كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول العامة وينعقد بلفظ المفاوضة لتعذر شرائطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع بالتفصيل يجوز لأن المعتبر هو المعنى واللفظ وسيلة إلى إقامته ولو عقدا بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عنانا إذا لم يكن المنتفي من شرط العنان فيكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان **قوله** وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا أن فيه تفصيل وقوله لما قلنا أي لتحقق التساوي إذ الكفر ملة واحدة **قوله** ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما إلا بإذن المولى والصبي لا يملك الكفالة أصلا ولو أذن له الولي ولا يملك التصرف إلا بإذنه **قوله** ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون أحدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد لا معتبر به بعد تساويهما في أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فإنها جائزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية إلا أنه يكره أي عقد الشركة بين المسلم والكافر لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود أو لا يحترز من الربا ومن بيع الخمر فيقع المسلم في أكل الحرام وقوله إلا أنه يكره مستثنى من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على أصل الجواز في أعم من استواء المتفاوضين فيها

ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه واما الكفالة فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال وان كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رحمه الله انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكرناه ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة

اليا قب عليه وفيه نظر لان تقسيمه الاستدراك ان كان قد يقع لحكم ما بعد الا فيكون قد اخرج الكراهة التي تضمنها الجواز عنه فلا تثبت فانما هو استدراك من الجواز فان مطلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة اي لكنه مكروه وبعض اهل الدرس قالوا ان ههنا الاستثناء المنقطع لان الا فيه بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى في المنقطع ممنوع من حكم الصدر فالمراد من قوله يجوز الا انه يكره اخراج الكراهة من ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة لما انه لا تساويهما في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا وخنازير صح ولو اشتراها المسلم لا يصح لكن بقي قول ابي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع ان التفاوت فيهما ثابت كما بين الكتابي والمجوسي فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد اباحتها دون الكتابي وكذا الكتابي يواجر نفسه للذبح دون المجوسي واجيب بان منعهم من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسي والكتابي فيتحقق المساواة في التصرف واما مواجرة نفسه للذبح فكل منهما من اهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه او نائبه واجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته واما الحنفي والشافعي فالمساواة ثابتة لان المتروك التسمية عامدا وان لم يكن متقوما عند الشافعي فولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي واما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم كذا ذكره الكرخي وذكر في الاصل قياس قول ابي يوسف انه يجوز عنده قوله (ولا بين الصبيين) يعني ولو اذن وليهما لانهما ليسا من اهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين قوله (وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كما لو عقد بالغ وصبي او حر وعبد او مكاتب او شرطا عدم الكفالة تصيرها عنانا ان عما التصرف والمال وتساويا فيه لان عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الا عامة قوله (وتنعقد) اي المفاوضة على الوكالة والكفالة وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب للفظ فيثبت بذكره اي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتريه وكفالة كل منهما عن الآخر انعقادها على الوكالة فليتحقق غرض الشركة وقوله على ما بينا يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح واما الكفالة فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من افعالها وما يشبهه ما هو تجارة وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا الطعام اهله وكسوتهم فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان للبائع الطعام والكسوة له ولعياله وادامهم ان يطالب الآخر ويرجع الآخر بما ادى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى احدهما جارية للوطء باذن شريكه فانه يختص بها على ما سيأتي في آخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما اختص بذلك لم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم وقوعها اي المستمرة من قولهم رتب الشيء اذا دام ومنه امر ترتبه اي ثابت لا يتحرك اشتانية وضمانها ولا يمكن ايجاب نفقة عياله على صاحبه فكان مستثنى ضرورة والقياس وقوعه على الشركة لما بينا من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل للآخر انما هي فيما هو من ضمان التجارة او ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء اخذ المشتري منه بدينه وان شاء اخذ شريكه وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد واجرة ما استاجره سواء استاجره لنفسه او لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب او استهلاك عند ابي حنيفة او وديعة اذا جحدها او استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد التملك لا صل فيصير في معنى التجارة ولو لحق احدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به الآخر كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص ومن هذا ليس ان يحلف الشريك على العلم اذا انكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على احدهما بيع خادم فانكره فللمدعي ان يحلف المدعى عليه على الثبات وشريكه على العلم لان كل واحد لو اقر بها او عاد المدعي يلزمهما بخلاف الجناية لو اقر احدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل او امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها كما لو اقرت بدل الخلع لو التزمه احد الشريكين وهو اجنبي قوله وان كفل

ولو كانت بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء **قال** فان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزم صاحبه لانه اي الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر اي عقد الكفالة من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض اذا قرض احدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما ذكره في الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو اخذ فيه سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح وقال بعضهم قال ابو يوسف رح لا يجوز نسبه الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشريكه نوى المال او لم ينو وقياس قول ابي يوسف يضمن المقترض من حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك كذا المقرض وعند ابي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقترض ولابي حنيفة رح انه اي عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء كالهبة بشرط العوض لانه اي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه فبالنظر الى البقاء تضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره والوجه ان يقول ممن ذكراه يعني الصبي والعبد [illegible] الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور المثل الدراهم والدنانير المقروضة حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح في التاجيل اي لا يلزم ان يجري على موجب التاجيل في الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن ابي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل قلنا ان نمنع **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره اي امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة انتهاء ايضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشائخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه ابي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشائخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بامره او لا **قوله** وضمان الغصب والاستهلاك وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف اباحنيفة بها لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع ابي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف كما نقلناه لابي يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة ولنا ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار الماذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب ولو اخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك كذا الملك للمغصوب والمستهلك بالضمان اذا كان كذلك كان كل من المتعاوضين ملتزما ضرره ولم يذكر في الكافي في الاعارة الرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه يملك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو اقر احد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له

وعند ابي حنيفة

فإن ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لأنه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما وأصله أن الوكيل لا يملك العقد مع مولاه عنده خلافا لهما وسيأتي إن شاء الله تعالى قوله (وإن ورث أحدهما
ما لا يصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا إذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو أوصى له به أو زادت قيمة دراهم
أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانير قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك لأنه وصل إليه ما تصح فيه الشركة) وصارت عنانا (ولو ورث ما لا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض) خاصة (لا تبطل المفاوضة) وكذا باقي الأسباب
التي ذكرناها وإنما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة إذ هي أي المساواة شرط لصحتها ابتداء وبقاء وإنما كان هو شرطا ابتداء ما شرط لبقائها لكونه أي عقد الشركة
عقدا غير لازم فإن أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لأن للبقاء حكم الابتداء والإجارة عقد لازم
حتى لا ينفرد أحد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين
فتبين أن كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم أجيب بأن القياس في الإجارة أن يكون غير لازمة كما هو مذهب
شريح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة فاللزوم أصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين ونقض
بموت أحدهما لا باعتبار أن لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لأن الدار تنتقل إلى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزم
إرث المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل إلى ورثته لأن المنفعة المجردة لا تورث وإن
وإن كانت الوصية لازمة ولا بأس أن نذكر فروعا من شركة العين أول ذكرها في الكتاب مر رجلان أن يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه
وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لأنه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدر أن يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا إذا
اشتركا على أن ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم إلا بحضور الآخر لأن كلا منهما
وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على إخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى إذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر
فكذلك في الشركة ولو أمره أن يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآمرين
نصفين ولا شيء للمشتري فيه لأن الأول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه وكذا لغيره لأنه إنما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه
ولما أمره الثاني أن يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف إلى النصف الآخر لأن مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قيل لا يمكن تصحيحه إلا بذلك
ولو اشترى رجل عبدا فقبضه فطلب إليه آخر أن يشركه فيه فأشركه فيه فله نصفه بنصف مثل الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على أن مطلق الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى
فهم شركاء في الثلث إلا أن يبين خلافه ولو اشترك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم أثلاثا ولو اشتراه اثنان معا فأشركا فيه آخر فالقياس أن
يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لأن كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لأنهما حين أشركاه ساوياه
بأنفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو أشركه أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه
وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشريكين إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهم أثلاثا لأن الإجازة
في الانتهاء كالإذن في الابتداء وكذلك لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما أشركتك
في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك في نصفه ألا ترى أن المشتري لو كان
واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما إذا قال أشركتك في نصيبي فإنه لا يملك إلا محل ... (سقط)

فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رح تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعا ويروى عن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رح صحة المضاربة بها قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانهما وان خلقا للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال

ملكا جميع نصيبه قامت حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال اشركتك بنصيبي كان بائعا فلهذا كان له نصف نصيبه اعلم ان صحة الشركة فيما ذكرنا كلها تبتني على صيرورة المشتري مالكا للذي اشركه وسواء الملك فانبنى على هذا ان من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى اشرك فيه رجلا لم يجز لانه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه اياه ولو اشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لانه هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم فيبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذي اشركه عبده لان لفظ اشركتك صار ايجابا بالبيع ولو قال اشركتك فيه على ان تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي له ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لانه قضى دينه بامره ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم اشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لآخر انا اشتري هذا العبد فقد اشركت فيه صاحبه او فصاحبه فيه شريكه فهو جائز لان كلا منهما موكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فايهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشترياه معا او اشترى احدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما لتمام مقصود كل منهما ولو نقد احدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير امر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه احدهما ونقد الثمن فاذا اذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه احدهما على ان له نصفه كان بائعا النصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة رح وفي قولهما البيع على نصف المامور خاصة وبناه على فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني ان من قال بعتك هذا الا نصفه بالف كان بائعا للنصف بالف ولو قال بعتك بالف على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعتك نصفه بالف فاما قوله على ان لي نصفه فحاصله ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مقيدا يصح كما في شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فيقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة** اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة او بمائتين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة او بالعشرة احد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول اما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فباعتبار الثمن الاول الا يرى انه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو اشترى بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا منهما فكذا الثاني توضيحه انا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق احدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل في المبسوط +

فصل لما ذكر اشتراط المساواة في راس المال في شركة المفاوضة احتاج الى بيان ما تصح به فقال لا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط ان المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال وصدق بعض المفاوضة ينعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض لا ينعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكرنا يخرج الدين والعروض وهو قول احمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك يجوز

ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب لا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رحمه الله تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله

بالعروض اذا اتحد جنسهما وقال الاوزاعي وحماد بن ابي سليمان يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعهما يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا يجوز عندنا بالعروض لا يجوز ان يكون راس المال احدهما عرض والآخر دراهم او دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم انه لو دفع الى رجل الفا وقال اخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا انه لابد ان يقيم البينة انه فعل ليلزم الآخر اذا لم يصدقه لو ثبتت وضيعته وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلحان راس مال الشركة الا فيما سنذكر واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم ابو الفضل في الكافي فيهما نصا فانه اقتصر على ان قال لا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل ظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الاصل وهم لم يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقال المصنف والعيني المتاخرين هذا قول محمد ويستدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كان بعينهما عند محمد خلافا لهما وسياتي الوجه والتقييد باعيانهما احترازا اما لو باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس حجة قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد عقدت على راس مال معلوم فكانت كالنقود بخلاف المضاربة حيث لا يجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا ان راس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين فما يستحقه احدهما من الزيادة على حصة راس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح ما لم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فان كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل منهما لا يتعلق براس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه لا يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما كيليين او موزونين او غيرهما متحدي القيمة كثياب للكرابيس من مائة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلا فاذا باع جملة في وقت طلوع السعر من ملك لم يعلم ان عددما بيع من الآخر وقبضه المشتري تساويان بل الظاهر انهما متفاوتان فيلزم اختصاص احدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد ادى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر ما لم يضمن لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيد ان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر راس المال قيمة العروض اما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع نعم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيئا بماله على ان يكون الآخر شريكا فيه يجوز وعلمت ان الخلط لا ينفي ذلك حجة قول محمد ان الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالتحقت بها ولابي حنيفة وابي يوسف ان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة فتنتفي كل ساعة بانتفاء الخلقة وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى ان هذا انما هو في الملاحظة اما في الخارج فهي ثمن مستمر باستمرار الاصطلاح عليها ولهذا قال الاسبيجابي الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين وتملك بفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها قال المصنف وهي عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس والاظهر لان قوله مع ابي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين عن ابي حنيفة جواز المضاربة بها وعلى ما ذكر في مبسوط الاسبيجابي يجب ان يكون قول الكل لان على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرناه فيما يليه حيث قال ولا يجوز الشركة بما سوى ذلك لان تعامل الناس بها كالتبر وهو غير المضروب والنقرة وهي القطعة المذابة

ولهما انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمناً بحال ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

منها فنقل المص اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذا التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس مال للشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا يصلح راس مال فيهما وهذا لانهما خلقا ثمنين ثم قال الا ان الاول اصح يعني رواية لانهما انما خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فيخرج ضربها حليا فانها تتعين بالتعيين وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجز التعامل بها ثم قال الا ان يجري التعامل بها اي بالتبر والنقرة استثناء من قوله اصح وهو كونها لا تصح الشركة بها فكان الثابت انهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت راس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المص قوله اي القدوري لا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط لانها عروض محضة لكل منهما متاعه وعليه وضيعته ويختص بربحه وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند ابي يوسف اي لكل منهما متاعه يخصه ربحه وضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التجارة يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته يوضع وضيعة اي خسر وقال قوم من العرب وضع ايضع كوجل يوجل وعند محمد تصح شركة عقد اذا كان المخلوط جنسا واحدا وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق الربح اذا شرطا التفاضل فيه فعند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم وهو قول ابي يوسف ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح راس مال فيهما ولا يصح راس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما ان ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر الان المخلوط لا يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فليف يكون مصححا قوله لمحمد انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب عروض من وجه حتى يتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة وهو من حكم الاثمان فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين ما قبل الخلط وما بعده فشبهة العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله وشبهة الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فتتاكد بها شركة العقد بخلاف العروض المحضة فانها ليست ثمنا بحال في ظاهر الرواية والا وجه ان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض المحض ليتشبه به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متاصلا في حقوق له شبه باخرى لا يقال له تشبه غايته ان الثبوت في الذمة عرض عام تحقيقين فتقتضي المفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط وهذا لازم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين صحة العقد بعد الخلط في متفقي الجنس حيث يجوز والمختلفين حيث لا يجوز ان ما من جنس واحد من ذوات الامثال حتى لو ضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل راس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم متلفه قيمته فيتمكن الجهالة الا لا يمكن ان يصل كل منهما الى عين حقه من راس المال وقت القسمة كما في العروض

قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قيل اراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تاويله انه بينه في غيره الا انه خلاف المعتاد من المصنف في اطلاق هذه العبارة والحاصل ان الخلط لا تعديا الضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه او بخلاف جنسه ولا تمييز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره او تمييز بعسر كحنطة خلطها بالشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا لضمان لانه يمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان اجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبير كان او صغير الو كان في عياله ومن لم يظفر بالخالط فقال احدالمالكين انا اخذ المخلوط واعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا بذلك جاز وان ابى بيع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكره وهو ان يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمة غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب قيمتها الا بالصفة التي بيعت بها واما الشعير

قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة

يوم ... قيمة ... ولو لم يقسم ... الخلط فلا يستحق ... الضرب بما ... فلا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قال هذا الجواب المتحقق
في قول أبي يوسف ومحمد ... أبي حنيفة ... لما لك لا ينقطع من المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين ... الخالط فأما على أصل
مذهبه المخلوط ملك للخالط ... في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط
فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما إلى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما
صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن فإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد كمكيل وموزون صار عينا مشتركة فإذا باعاه انقسم على قدر ملك كل
منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعاه لأن كلا منهما بائع لملكه والثمن بمقابلة المبيع دخل في العقد من العوض فينقسم
عليهما باعتبار القيمة وإن كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما إذا باعاه على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ذلك
كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فيعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا إن لم يزد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة
فإن كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فإنه يضرب بالقيمة يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب
بالقيمة غير مخلوط ... ملك ... زيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل
بعمل ... الخلط ... قيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر وقد طعن عيسى رح في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الأول إنه
يعتبر قيمته يوم ... وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق
الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فإن قيمة الثمن على القيمة يكون وقت البيع إلا أن يكون قيمته يوم البيع و
يوم الخلط والقسمة سواء ... لأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى
يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة
بين اثنين أعتق أحدهما ... فيضمنها من القيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار إلى التقويم في أول الأوقات
التي يمكن ... وهو ما بعد الولادة فكذا ههنا يصار إلى معرفة قيمة كل في أول أوقات الإمكان وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما
وينقص من مال الآخر فقد تعذر ... الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتقتضي زيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة
باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما يخص
كل منهما ... إذا لم يختلطا لأن تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع قوله وإذا أراد
في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فيصير شركة ملك ثم عقد الشركة مفاوضة أو عنانا فقيل هذا على قياس قول أبي حنيفة في
المكيل والموزون ... وعلى قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافا إلى حال بيعها العروض بالدراهم فإنه يجوز لأنه مضاف إلى المستقبل وعقد
يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل وإنما ثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما وقد تواردت كلمة أهل المذهب على هذا لأن
المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس المال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف لأن كل
ما يربحه الآخر نصيبه هو مضمون عليه ولا يحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى معرفة رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك

قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الإعراض يقال عن له أي أعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى أو أكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما **قال** ويجوز أن يعقد كل واحد منهما الشركة ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه

بالجزء فتقع الجهالة لأنهما مستويان في المال فهو شبيه بكون ما فيه من الشركة بأن يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفين على هذا فقول المصنف وهذه شركة
ملك مشكل ومن المشايخ من يرمز بأنه تعمد التي تخالف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وإن لم ينبه على نفي الخلاف كما قال القدوري في أول الكتاب
ويستحب للمتوضي أن ينوي الطهارة فقال المصنف النية في الوضوء سنة ولم يلمح الخلاف وضوء الموضوع وكذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم
جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم وهو ربح ما لم يضمن
وجهالة رأس مال كل منهما الباطل وعلمت أنه منتف **قوله** وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع
من التجارات بز أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لأنها خاصة بالمفاوضة فعلى هذا لو ذكراها وكانت باقي شروطها
متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وإن لم تكن متوفرة ينبغي أن تنعقد عنانا
ثم هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال تبطل لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن أن يقال لا تبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار
عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل الآخر زيادة على نفس الشركة كما أنها تكون عنانا مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الأول
قد يرجح بأن هذه الكفالة لمجهول فلا تصح إلا ضمنا فإذا لم يكن ما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصدا فلا يصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة
بأن ذكر كل مقتضياتها فإن منها الكفالة وتصح لأن هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد والداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان
فإن المفرد معتبر في مفهومه الكفالة **قوله** من عن له كذا أي عرض قال امرؤ القيس: فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل *
أي عرض لنا سرب أي قطيع يريد به من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى أي أبكار ودوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وتضم
الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في اشتداد لحمها وسمنها بالعذارى والملاء المذيل أي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي
مساواة بل عروض غرض تعلق بقدر من الاختلاط قليلة وكثيرة وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائي والأصمعي فإنه جعل
كل منهما عنان التصرف في بعض ماله إلى رفيقه وبعضه لنفسه أو يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا بحسب
الإرخاء مقصوده إلا أنه اشتقاق غير صحيح إلا أنها صحيح ولا بد منه كما في الجمهرة الطين وأمثاله **قوله** ويصح أن يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح
وعكسه بأن يتفاضلا ويتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضلا في الربح ليس على إطلاقه
بل ذلك فيما إذا شرطا العمل عليهما سوية عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرطا له زيادة الربح وإن شرطا العمل على أقلهما ربحا لا يجوز وجه قول زفر
يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأن استحقاق أحدهما الثلث بالزيادة بلا ضمان لأن الضمان يتقدر برأس المال وصار كالوضيعة فإنها لا تكون إلا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران قلنا
ما ذكر المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر المالين لم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ نسبه إلى علي ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل
كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل وأما هذا العقد أي شركة العنان يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال غيره
وهو الشريك ويستربح به ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة في اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذي شرط له العمل
أو مع الآخر وإن كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال بطل اعتبار
شبهها الآخر الذي باعتباره أجزنا الزيادة في الربح لأحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد يخرج عن الشركة والمضاربة

[illegible]

ايضا الى قرض ان شرط للعامل كانه اقرضه ماله فاستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا انه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس
فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل تارة بالمال المشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر
لكن قد يكون ذلك احذق واقوى الخ قوله اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز ان يعقدها كل ببعض ماله ويجوز اذا كان
من جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة احدهما وبيض من جهة الاخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرطا فيه تساويا او تفاوتا
على قدر قيمته دراهمهما بالشرط الذي جنياه قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه
سواء هلك في يد مالكه او يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد منهما
قبل الشركة وقبل الخلط باق على ملكه واما بطلان الشركة فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال العين لا يتعين بالتعيين في الشركة كالهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشتريا للموكل
حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان
الموكل لم يرض بكون الثمن في ذمته فلا يبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان
الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه اي الشريك الذي لم يهلك له لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه هو ايضا في ماله فبعد
بقائه فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهو الاشتراك فيما يحصل قوله فان اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الآخر
فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركا لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا يتغير الحكم
حكم الشركة بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فانها شركة ملك عنده
حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلكت قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو
الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد [illegible] بهلاك مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بعد الشراء بالمالين واذا وقع
المشتري على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بينا قريبا هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين
اولا ثم هلك المال الاخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله يكون مشتركا بيننا كذا صورة في المبسوط فالمشترى
مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فيكون شركة ملك لهذا جمع في المبسوط بين التناقض لو وقع في جواب المسئلة حيث
قال محمد في بعض المواضع ان المشتري بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الاخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محمل الاول اذا لم تكن
في الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثاني اذا صرحا بها على ما ذكره وقوله لما بيناه يريد قوله لانه وكيل فيه من جهته الخ قوله ويجوز اي الشركة وان لم يخلطا المال
سبقا الى ملك احدهما الا ان مالكا شرط ان يكون تحت يديهما بان يكون في حانوت لو في يد وكيلهما وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يكون
الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه اي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك بالخلط لما سلف من ان معناها الاختلاط او الخلط على ما حققناه فلا يتحقق
شركة الا خلطا وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما يقتضي اسمه قال المعنوي اي كون الربح فرع المال اصل كبير لهما حتى تفرع عليه اعتبار اتحاد الجنس
فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللاخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مال احدهما عن الآخر ولا يجوز

ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل **قال** ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة فتتضمنها وعن أبي حنيفة رح أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله **قال** ويوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

التفاضل في الربح مع التساوي في المال لاختلاف الشركة في الأصل والفرع ولا شركة في التقبل الأعمال لعدم المال **قوله** ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال حاصل تقرير الشارحين أن الربح يضاف إلى التصرف في المال وهو العلة وإلى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة وأنت تعلم أن الإضافة إلى علة العلة بطريق المجاز فإن الحكم بالذات إنما يضاف إلى علته لما عرف أن لا أثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الإضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبني على الإضافة وإنما وجه التقرير المراد أن الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا إلا إلى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا إلى نفس المال ولا التصرف فيه لأن إضافة الربح إلى التصرف في المال معناها أنه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا إذ هو معلوم وإنما حاجتنا إلى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل إلا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لأن هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا لا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة لعلته بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس إلا فيه فإذا كان كذلك فلا يتوقف الاسم على خلط المال لأن مال العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني في الشراء بهما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف وإذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط تحققت في المستفاد بدونه أي بدون الخلط فصار كالمضاربة تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه العقد في المحل قلنا إنما بطلت لعارض آخر وهو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه مبطل له كهلاك المبيع قبل القبض فإذا كان الأصل هو العقد لا المال لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي في رأس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل **قوله** ولا يجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد من الشركة إلى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله ونظيره في المزارعة يعني إذا شرط لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الأرض غيرها **قوله** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة من المشاركين ولأن له أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وأنه أقل ضررا فإذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهر أن لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف **قوله** وكذا له أن يودع لأنه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه في بعض الأوقات والمضايق وقوله ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة لأن الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة وعن أبي حنيفة برواية الحسن أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة في الربح والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة في الربح غير مقصودة فإنما المقصود تحصيل الربح فصار كما إذا استأجره بأجرة ليعمل له بعض أعمال التجارة بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة لأن الشيء لا يستتبع مثله وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ فأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل بإطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس معلولا إلا متبوعة لصلاة مثل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على ما ليس هنا نحن فيه بسبيل ولكل واحد أن يشتري النسيئة وأن المال الشركة في

قال ويده في المال يد أمانة لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

استحسانا وليس لأحد شريكي العنان أن يرهن عينا من مال الشركة بدين من التجارة عليهما والارتهان بدين لهما بخلاف المفاوض له أن يرهن ويرتهن على الشركة فإن رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع على شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأنه بهلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا إذا باع أحدهما فليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه إليه ويبرأ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخر دينا فإن أخره لم يمض على الآخر وكذا لا يمضي إقرار أحدهما بدين في تجارتهما على الآخر فإن أقر وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشرا وإن أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر لزمه نصفه ولو اشترى أحدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر أن يرده لأن ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص بربحه لأن مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه أي بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي إقراره عليه ويشاركه شركة عنان ويمضي على الآخر بخلاف شريكي العنان يجوز قبض كل من المفاوضين ما أدانه الآخر أو أدانا أو وجب لهما على رجل من غصب وكفالة أو غير ذلك أو يرد بالعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب ولكل من شريكي العنان أن يوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له أن يوكل به لأنه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهما أن يعمله إذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فإن عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال أحدهما اخرج دمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لأنه تصرف في حصته بغير إذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان أذن له فيه **قوله** ويده أي يد الشريك مطلقا في المال يد أمانة لأنه قبض المال لا على وجه البدل والوثيقة فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء فإنه قبضه على وجه إعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فإنه مقبوض للتوثق به فيضمن بذلك الدين وإذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة وكان أمانة واعلم أن جميع الأمانات إذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل إلا في مسائل أحدها إذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال المال الذي كان في يده لا يضمن لشريكه نصيبه والأخرى في السير إذا أودع الإمام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات ولم يبين والثالثة في الوقف إن شاء الله تعالى **فروع** في اختلاف المتفاوضين قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير فلو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فأنكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لأنه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فإن أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضه أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لأن الثابت بالبينة كالثابت بالإقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك أن هذا العين لي ميراثا مما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في إثبات الملك لا تقبل إلا أن يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد عينا في يده أنها له خاصة وهبه شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لأنه ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى أنه مفاوضه والمال في يد المدعى عليه فأنكر فقضي عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت والفرق لأبي يوسف أن ذا اليد

قال واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رح فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم تجارة فى شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة

مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما وقد اثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه الا ترى انه لو لم يكن اقام البينة في صورة الانكار لم يستحلف خصمه واذا مات احد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي ذلك فاقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء مما في يد الحي لانها شهدت العقد علما ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت احدهما ولانه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب ان يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا ان يقيموا انه كان في يده في حيوة الميت وانه من شركتهما فانهم ح شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة فجحدوا الشركة فاقام الحي البينة على المفاوضة والمفاوضة ان اباهم مات وترك هذا ميراثا من غير ما بينهما لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما يقيمونها على النفي وقد اثبت المدعي الشركة فيما في ايديهم فيقضى له بنصفه ومع شمس الائمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثا لابينا واقاموا البينة على هذا الاصل في قول ابي يوسف وتقبل في قول محمد كما لو كان المفاوض حيا واقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فاذا افترق المتفاوضان فاقام احدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي بلده كان قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فاقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه او غيره فان كان من قاض واحد واعلم تاريخ القضائين اخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول لقضائه والاهم بالعلم وكان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذي انفذه عليه لان كلا منهما صحيح ظاهرا فيحاسب كل صاحبه بما هو عليه ونزاد ان الفضل **قوله** واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل وشركة الابدان وشركة الاعمال فنحو الخياطين والصباغين ويشتركان في ان يتقبل كل الاعمال ونحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها اي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية اي الشريكين وهو التثمير اي الربح لانه لا بد في الربح من اصل المال لانه يبتنى عليه على ما قررناه في الخلافيات في عدم اشتراط الخلط ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل يحصل بالعمل ايضا كما مر فيجاز بالتوكيل بان يوكل كل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل اصيلا في نصف العمل المتقبل وكيلا في نصفه الآخر فيتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وبكسبه وان عمل احدهما كان للعامل معينا الشريك فيما لزمه تقبله عليه وهو جائز لان المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه او وكيله بنفسه الا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستاجر من يعمله ويدفعه الى مالكه فتطيب له بالاجرة ومن صورة هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس ان لا يجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل **قوله** ولا يشترط فيه اي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك اورد عليه انه قدم في اشتراط الخلط ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافي اشتراطه نصبهما اتحاد العمل والمكان اجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكرهما في المبسوط فخرج رواية المنع على شرط خلط المال وذكرهما شرطه في تجويزها ثم ذكر المص وجه الجواز بقوله لان المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان وكون الاعمال من اجناس او جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه **قوله** ولو شرطا العمل نصفين يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا جاز لشرط كون الشرط ما عليه العمل في القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل فلما عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لاحدهما ربح ما لم يضمن فلم يجز كما لم يجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري بالوجوه ولا يكون التفاضل يجري فيها اذا شرط التفاوت في ملك المشترى فان اشتركا على ان ما اشترى كل يكون للآخر نصفه

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف الى العنان وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او العمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما يكون عند اتحاد جنس المال وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لان رأس المال عمل والربح مال فانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير ان يحسب التراضي فما قدر لكل منهما وقع عليه التراضي ان يكون بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان احدهما احذق في العمل واهدى وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا وصححوا الجواز لان الربح بدل العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض احدهما او غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما لما علم وقوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق فان الربح بل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح ما لم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار شركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه ان تبطل الزيادة فقط ليستحق مثل الاجر فانه نص في شركة الوجوه التي شبهها بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا خلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان لصاحب الثوب ان يأخذ الشريك بعمله والشريك الذي لم يتقبل العمل ان يطالب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه فان كان انما عقدا الذي تقبلا على ما ذكرنا وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة ظاهر فيهما اذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة وفي غيره وهو فيما اذا اطلقا الشركة او قيداها بالعنان استحسان فلا فرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها او على معناها وبهذا علمت ان لا فرق بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في ان المنعقد عنان والكفالة تقتضي المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة اعني شركة العنان مقتضية للضمان في القدر الذي ذكرنا لانها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ما يسمى للآخر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى هذا العقد بهذا الاعتبار مجرى المفاوضة في ضمان العمل عن الآخر واقتضاء البدل وان لم تقتضه ضرورة بخلاف ما سوى هذين الحكمين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو اقر احدهما بدين من ثمن صابون او صبغ او بدين لعامل عن تعلم او اجرة بيت لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب للمفاوضة ولم ينصا عليها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل فتقبلوا اعمالا ثم جاء احدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الاجر قوله واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجوههما اي يبيعا بينهما بجاههما والربح بينهما لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف فان الواو انقلبت حين وضعت موضع الجيم الموجب لذلك وانما تكون مفاوضة بان يكونا من اهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة او يذكرا مقتضياتها كما سلف فتتحقق الوكالة والكفالة في الابدال اي الاثمان والمبيعات وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وبه قال احمد ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار الوكالة وتوكيل كل من الآخر بالشركة على ان يكون المشترى بينهما نصفين او اثلاثا صحيح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة لما تقدم يعني الثاني في غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة ان في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان

فصل في الشركة الفاسدة ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه

مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه احدهما عامل في مال الآخر وعلى هذا فلا يحل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس والا لم يجز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وح ليسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة تصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح ما لم يضمن لان في جعل راس مال الشركة عروضا ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من اول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع اجيب بانما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقدم الصحيحة على الفاسدة ظاهر **قوله** ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وكذا الاحتشاش **قوله** والتلصص اي التلصص وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه او اصابه من التلصص فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح كاخذ الكماة والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من ارض مباحة والجص والملح والثلج او الكحل او المعدن او الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا او سهلة الزجاج فاشتركا على ان يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك واحمد لان هذه شركة الابدان كالقصابين يؤيده ما روى ابو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فاشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله فيمتنع ان يشترك [illegible] عليه الصلاة والسلام انما نفل قبل القسمة او انه كان قدرا يخصهم وعلى قول البعض للشافعية ان غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر **قوله** لان امر الموكل به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه ولا ولاية والوكيل يملكه [illegible] بدون امر الموكل فلا يصح الوكيل نائبا عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد هنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز وان الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب ان الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها اثبت له ولاية ان يشغل ذمته بعد ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثبات الولاية عليه في ذلك [illegible] في التوكيل بخلافه وانما الوجه ان الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه لملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه اما اذا كان قصده ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجاب بان اطلاق نحو قوله عليه الصلوة والسلام الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد **قوله** فان اخذاه جميعا يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما وان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل اي وجد السبب منه وان عمل احدهما واعانه الآخر بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه احدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك **قوله** وقد عرف في موضعه يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما ووجه قول محمد انه سمى له مجهولا اذا لم يدر اي نوع من

قال وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي فقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لأنها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

يصيبان ورجل يصيبان شيئا أو لا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما إذا لم يصيبا شيئا وفيما إذا أصابا أنه إن كان أجر مثله أكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهو بعرض الزوال فإنه على عرض أن يصير معلوما عند الجميع والبيع بخلاف ما إذا لم يصيبا شيئا فإن المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ وقوله لا يجاوز به بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله النصف من ذلك بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل فرع لو كان لهما كلب فأرسلاه فما أصاب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسلاه جميعا كان ما أصابه لمالكه **قوله** وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة اعلم أن الراوية في الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لأنه يروي ويقال رويت للقوم إذا استقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المضمومة لنقل الماء فعلى الأول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤاجر ما له كل واحد فما رزقوا فهو بينهما وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على أن ثمنه بيننا ولو صرح بهذا كانت الشركة فاسدة ثم إن أجراهما بأجرة معلومة صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لأن الشركة لما فسدت والإجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان البدل الواجب منقسما بينهما كذلك كما ينقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤاجرا البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان ولا يعتبر بزيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا تعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الأعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وإن أجر البعير أو البغل بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد [illegible] جمل كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الأجر على قول أبي يوسف بالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته إلى رجل ليؤاجرها على أن ما أطعم الله بينهما نصفان فإن الأجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا أن تقديره أنه قال بع منافع دابتي ليكون الأجر بيننا ثم الأجر كله لصاحب الدابة لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره وللعاقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع إليه دابة ليبيع عليها الطعام أو دفع إليه على أن الربح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثله والربح للعامل وهو صاحب الطعام لأنه كسبه وعلى الثاني أن يكون لهذا البغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي ويقال أحمد والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل المزادة إن كان صاحب البغل وأجر مثل البغل إن كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاد ومزايد أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو نقل الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجره **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال كألف لأحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل الآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل ويقسم نصفين بينهما لأن الربح في وجوده تابع للمال وإنما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البذر في المزارعة والريع الزيادة **قوله** وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة مفاوضة كانت أو عنانا إذا قضي بلحاقه على البتات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وإن لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف

قوله فإن لم يقض القاضي باللحاق حتى عاد مسلما [illegible]

فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور علم او لا ولابي حنيفة رح انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار

فان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف بل تصير عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة اي شرطها ابتداء وبقاء بها ضرورة فانها لا تتحقق ابتداء الا بالولاية التي لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها باللحاق لانه موت حكمي على ما بينا من قبل في باب احكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم موته او لا فلا يمكن توقفه وقد ينفذ الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم او دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن اصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم او دنانير صح نهيه غير انه يبيع الدراهم بالدنانير ان كان راس المال دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في ايديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهي صاحبه ... سواء كان المال نقدا او عرضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف ... نهيه

فرع انكار الشركة فسخ وقوله لا اعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ... نصيب شريكه وفي الخلاصة قال احد الشريكين ... اشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا يكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ... فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل يعني ... بخلاف الشريك فان احد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه ... وهو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان احد المتفاوضين لا يملك تغييرها الا برضى صاحبه وفي الرضا احتمال يعني اذا كان ساكتا والمراد بهما عدم وقوع المشتري على الاختصاص للشك وعلى هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر اموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي للتجارة فتشارك الحاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم اثلاثا ثلثا للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل العمل معهم بهذا الربح حتى خسر المال او استهلكه فارادوا الغائب ان يضمن شريكيه لا ضمان عليهما ومما يعد تملك رضا بالشركة لان هذا اخص من السكوت

فصل لما كانت احكام هذا الفصل ابعدت عن الشركة اذ ليست من امور التجارة ... افردها بالفصل ... قوله ... كل ان يؤدي زكاته اذا حال الحول فحال فادى وقد ادى الآخر الاذن الى آخره ضمن لشريكه ما ادى علم باداء الاول او لم يعلم ... ما لم يعلم بادائه هكذا ذكره في كتاب الزكوة من المبسوط ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم ... ان عندهما لا يضمن علم بادائه او لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المامور ... وعلى هذا المامور باداء الزكوة وهذا الخلاف فيما اذا اديا على التعاقب فان اديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند ابي حنيفة رح وعندهما ... وزيادات ... فيما نقل عن المبسوط بان زكوة كل منهما تقع باداء نفسه واداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ... التسليم

قال وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسألتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

ان اداه تنبيين عزل الوكيل فهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه ادى بالامر والاضمان مع الامر ولا يقال انما امره باداء ما هو زكوة لانا نقول ليس في وسع الوكيل لان وقوعه زكوة يتعلق بامر من جهة الموكل كنيته وانما يؤمر بما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل بهادنيا عليه ثم ادى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار ايضا كدم الاحصار اذا ذبح المامور بعد زوال الاحصار ولابي حنيفة انه مامور باداء الزكوة والمودى بعد ادائه زكوة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر انه لا يلزم الضرر بنفسه لمال الا لدفع الضرر الديني وقد خلا ادا وعن ذلك فصار باداء معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا واما الزمتم به من المسئلتين فقيل بمنع تسليم ابي حنيفة الجواب فيهما بل قوله بالضمان فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار او يدرك الحج او لم يدركه فيتحلل بافعال فائت الحج وانما هو مثله للاداء او واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه واما مسئلة الدين فالفرق انه امره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الآخذ دائنه وهذا لان عين الدين لا يمكن فيه بل دفع مال مضمون على القابض ثم اعتبر الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع عن قولهما ليس في وسعه ايقاعه زكوة فكان المامور به دفعه الى الفقير وقد دفعه بدون كونه عزلا حكميا لما ان منعاه انه موقوف على كون الامر صحيح به فيه متقيد بوقوعه زكوة وهو ممنوع وقد قيل لما امره باداء الزكوة كان ناويا لها فإذا بادر الى الاداء وقع المامور به فلما اخر حتى ادى الامر كان تاخيره مسببا لوقوعها غير زكوة ولا يخفى ما فيه قوله واذا اذن احد المتفاوضين للآخر ان يشتري جارية ويطأها ففعل واشتراها بثمنها من مال الشركة فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع اليه شريكه بنصف ما ادى لانه ادى دينا عليه من مال الشركة لان الملك فيها له خاصة كطعام اهله ولان الجارية دخلت في الشراء على الشركة جبرا على موجب المفاوضة اذ لا يملكان تغييره فكان كما لو لم ياذن الا انه لما اذن له بالوطء تضمن هبة نصيبه منه اذ لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع الفاسد من البائع لاحد الشريكين لما بينا من عدم ملكهما التغيير لمقتضى العقد ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل احللت لك وطء هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف واجيب بالفرق بان الجارية المشتركة اقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان احد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبي واما من لزوم التملك كالاب والجد فالاب غير محفوظة في تملك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبته للشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة يستبقى في ملك الانسان في الوقف مخرج عنه الا ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه اما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت اقف حبست قال عنترة ووقفت فيها ناقتي فكانها فدن لاقضي حاجة المتلوم وهو واحد جار على فعله فيفعل تعدى فيه لا يحتاجان في قولك وقفت زيدا او الحمار فوقف واما اوقفته بالهمزة فلغة رديئة وقال ابو الفتح بن جني اخبرني ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وارضي ولا يعرف اوقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر اعني الوقف في الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع جمع الافعال فقيل وقف واوقاف كوقت واوقات واما شرعا فحبس العين على ملك المالك والتصدق بمنفعتها او صرف منفعتها الى من احب

لاما

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت دارى على كذا وقال ابو يوسف يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه

وعندهما حبسها لا على ملك احد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتي تمامه فلا حاجة لافراده بهنا ايضا وانما قلنا او صرف منفعتها لان الوقف
يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لا بد فى آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون
وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا ببر الاحياء وفى الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز واما شرطه فهو الشرط
فى سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا واما
الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطى لمساكين المسلمين واهل الذمة وان خص فى وقفه مساكين
اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة
ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على ان من اسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج
اعتبر نص على ذلك الخصاف فلا نعلم احدا من اهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسى شنع بانه جعل الكفر سببا للاستحقاق والاسلام سببا
للحرمان وهذا البعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله ان يخص
صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع فى كلهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات
عندنا وان دفع الى صنف هو حينئذ فكيف لا يعتبر شرطه فى صنف دون صنف من الفقراء أرأيت لو وقف على فقراء اهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين
ولو دفع المتولى الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال والسبب هو اعطاء الواقف
المالك وشرط صحة وقفه ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان
ميراثا عنه نص عليه الخصاف فى وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم خلاف ابى حنيفة فى الوصية فانه انما شرط ان يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط
الوقف كالوصية ولو انكر فشهد عليه ذميان عدلان فى ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف
ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم واما المرتد اذا وقف حال ردته ففى قول ابى حنيفة موقوف ان قتل على ردته او مات بطل وقفه وقول
محمد اذا انتحل دينا جاز منه ما يجيزه لاهل ذلك الدين اما المرتدة فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا فى اى وجه كان ثم ارتد
يبطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان اعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف فى وقف المرتد
خلافا بين اصحابنا على الخلاف فى الذمى تزندق يهوديا او نصرانيا او مجوسيا قال بعضهم يقره على اختياره واقرار الجزية عليه لانى ان اخذته بالرجوع
فانما اردته من كفر الى كفر ولا اسلم ذلك وقال بعضهم لا اقره على الزندقة واما الصابئة وان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة
وان كانوا يقولون بقول اهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من اهل الذمة وجميع اهل الاهواء لكونهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم
اهل الاسلام الا ترى الى قبول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم واما الخطابية فانما لم تقبل لانه قيل انه يشهد بعضهم لبعض بالزور على من
خالفهم وقيل لانهم يشهدون بصدق المدعى اذا حلف انه محق ومن شروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع
ثمنها اليه او صالح على مال دفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف اما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فاجازه
جاز بشرط الحكم والتسليم او عدمه على الخلاف الذى سنذكره وهذا هو المراد بوقف الفضولى كذا لو اوصى لرجل بارض فوقفها الموصى له بها فى الحال ثم مات الموصى لا يكون وقفا وكذا

قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده

لو باع ارضا على انه بالخيار الى وقت كذا ثم ان المشتري وقفها ثم اسقط البائع الخيار لا يجوز الوقف وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وسيأتيك **فروع** آخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه ان لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضي عليه لسفه او دين فوقف ارضا له لا يجوز لان حجره ليلا يخرج المال عن ملكه ليضر بارباب الديون او بنفسه كذا اطلقها الخصاف فينبغي انه اذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجر ارضا ثم وقفها قبل مضيها لزم الوقف بشرطه ولا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفتكها لزم الوقف فلا يرجع ولا يخرج عن الرهن بذلك لو اقامت سنين في يد المرتهن ثم افتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما تفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات احد المتواجرين يبطل وتصير وقفا واما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند ابي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا او دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول واما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا باس ان نسوق شيئا من الالفاظ كالارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكوة او كفارة فمات بلا ايصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا يصح الا عند ابي يوسف فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيدا لخصوص المصرف اعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو كان موقوفة على الفقراء صح عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة او حبس ولو كان في جنس مثل هذا العرف يجب ان يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل ان تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك والا سئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه او قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها او بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا حمل به والا سئل فان اراد الوقف فهي وقف او الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية فهذا ادني فاثباته عند الاحتمال اولى واعترضه في فتاوى الخاص بانه لا فرق بينهما وذكر في احدهما اذا لم يكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا انما في كونه نذرا لان المنذر به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احديهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم يكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا نية يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند اهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس او محبوسة موقوفة لانه بمعنى موقوفة فكان كافراد لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمرا ولا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام الا لكن كانه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي ان لا يدخل الثمن لست تذكر ولو زاد وقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي ان لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجري الوقف على انما العبارة الوافية الا ان قوله في الاسرار لو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة

وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف منه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

من يجيز الوقف يفيد ان فيه خلافا ولا يخفى فان التابيد ان يجعل في اول الامر او آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك فيكون موقوفة بعدهم بمنزلة صدقة موقوفة **قوله** قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به حاكم اى بخروجه عن ملكه او يعلقه اى يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول بمجرد القول الذي قد مناصحة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه وبعد ذلك القول وبه اخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند ابي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس الخ معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا مشيته التصدق بمنفعته وله ان يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان ابو حنيفة رض لا يجيز الوقف وهو ما اراد المص بقوله وهو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط فح فيقول من اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند ابي حنيفة رح لا يجوز صحيح لانه ظاهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن له اثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر بعضهم انها احكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يجيز الوقف اى لا يثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان اخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه وفرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابدا او لفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المص رح وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة سوى الى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله تعالى في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضي خان الا ان عند ابي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك فهذا هو الاصح عند الشافعي واحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن احمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لا تمتنع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي واحمد لانه عم قال حبس الاصل وسبل الثمرة انتهى وهذا احسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو الخروج لا الى مالك وثبوت ملكه او ملك غيره مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فمن الاول المسجد وغيره ومن الثاني ام الولد الملك فيها باق ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما يمكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والا لخروج الى مالك آخر ثم راينا غيرهنية بقوله ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها اى بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص وليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المص وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق واحبس الاصل فهما مختلفان لان معنى تصدق باصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس احبسه على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الا معنى احدهما اذ لا كان عليه الصلوة والسلام مجيبا لعمر في حادثة واحدة بامرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول به احد من الثلاثة يملك الفقير للعين فوجب ان يحمل تصدق على معنى حبس هو قول ابي حنيفة رح فيحبس على ملك شرعا واذا احبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورته

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس

حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده ان يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيختصمه الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل ان يحكم به يكتب في صك وقفه ان قاضيا من القضاة ان ابطله او غيره فاصل هذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يتجاسر احد في ابطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا ابطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضي خان وينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة ثم ما ذكر لما لم يكن وقف في المرض او كان فيه لكنه يخرج من الثلث **قوله** واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري او حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما والترجيح اي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلهما انما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك من قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم استدل بدليلها فذكر حديث ثمغ هو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين بلا تنوين للعلمية والتانيث وفي غاية البيان انها في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما في زعمه قال محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر عن عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس فاتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللمساكين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وما في الكتب الستة عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط انفس منه فكيف تامرني به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلوة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد اشار الشيخ الى اجمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له ولا طريق الى تحقيق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير المعنى انه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه وتمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين ازالة الملك طريقا بل تحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك عن هذا المعنى فلا يقدح فيما رجحاه من الاقوال فيما مضى ثم على تقريره يحصل مطلوبهما لانه اذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما الى ذلك لانعقاد الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن ملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق وسنجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله اسنده الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انزلت سورة النساء وانزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن ربيعة عن اخيه وضعفوهما ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على علي حدثنا هشيم عن اسمعيل بن ابي خالد عن الشعبي قال قال علي لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من كراع او سلاح وينبغي ان يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا سماعا والانقطاع بين الشعبي او ترك عليا ورواية عنه في البخاري فهو ثابت وما عدا

وكان الملك باقيا فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رض قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشائخ

شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع ثنا وكيع وابن ابي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس واخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل **قوله** ولان الملك الخ ظاهره مصادرة لجعل الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف و تعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما ان يكون ذلك لمالك لغير الواقف او له واتفقنا على انه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب ان يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا ان يوجب موجب لا مرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير المالك لم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله ان المسجد جعل لله على الخلوص محرزا عن ان يملك العباد فيه شيئا غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق اجمعين اصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع به العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسجد بها وايضا فثمرته كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف ان يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة ان الآدمي خلق بالكرامة مالكا وانما يعرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتملك فبالوقف لا تعود الى اصل موضوعها المملوكية بل الى ابقاء على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيده اختياره من عدم الخروج عن ملكه لكن ابا حنيفة رض يجعل عدم اللزوم مانعا من تمام لزوم صدقته او هو ليس كذلك بل هما متفقان كما ذكرنا في ام الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلوة والسلام لا يباع ولا يورث الخ وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك اولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر ثم عمر ثم عثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة واسماء اختها وام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وابي اروى الدوسي وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا يعارض بمثل هذا الحديث الذي ذكره على ان معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشائخ ان الفتوى على قولهما **قوله** واما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلتها اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله ان يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط وكذا اذا قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي الخ فمات لم تصر وقفا وان برأ بيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ذكره محمد في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا عند ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية فيصح الرجوع عنها اما لو قال ان قدم ولدي فعلي ان اقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء

ولو وقف فی مرض موته قال الطحاوی هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند ابی حنيفة رح وعندهما يلزمه الا انه يعتبر من الثلث والوقف فی الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابی يوسف وهو قول الشافعی بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رح لا بد من التسليم الی المتولی لانه حق الله تعالی وانما يثبت فيه فی ضمن التسليم الی العبد لان التمليك من الله تعالی وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة

به فان وقفه علی ولده وغيره ممالا يجوز دفع زكاته اليهم جاز فی الحكم ونذره باق وان وقف علی غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المنذر له لا يلزمه كما فی تعيين ... الثابت النذر بالوقف فجاز علی كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغی ان لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب ان يتخذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال او من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان يغيب ثم قال شئت كان باطلا للتعليق اما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام لانه متصل ... ولو قال ان كانت هذه الدار فی ملكی فهی صدقة موقوفة فظهر انها كانت فی ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق علی امر كائن والتعليق علی امر كائن تنجيز والمراد بما كالمبنی فی ... ويحكم به حاكم القاضی فاما الحكم ففيه اختلاف المشائخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضی ان يبطل الوقف بعد حكمه **قوله** لو وقف فی مرض الموت قال الطحاوی هو كالوصية بعد موته حتی يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت فی الحكم كالمضاف الی ما بعد الموت حتی يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند ابی حنيفة رح الا ان يحكم به فيبيعه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا ان تجيز الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه فی الصحة وفی فتاوی قاضی خان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كما لو وقف دارا ثم جاء الشفيع كان له ان ياخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهی من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين فی حال صحته **قوله** واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابی يوسف وهو قول الائمة الثلاثة وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد لزواله من التسليم الی المتولی لان الوقف ان يجعله لله خالصا وحقه انما يثبت مسلما فی ضمن التسليم لاحد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالی والتمليك منه وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة المنجزة ولا يخفی ان التمليك لله تعالی لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا حاجة باعتباره حتی يحتاج الی تكلف توجيه لان غاية ما يوجبه الدليل ما خروج الملك عن الواقف لا الی احد وتوجه الخطاب بصرف غلته الی من وقف عليه او توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج عن عهدة الواجب كما هو فی سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن ان يلاحظ التسليم الی المستحق تسليما اليه تعالی كانه تعالی جعله نائبه فی قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولی كالزكوة ويمكن ان لا يلاحظ شیء من ذلك بل المقصود ليس الا ما وجب لقصد فلهذا كان قول ابی يوسف اوجه عند المحققين وفی المنية الفتوی علی قول ابی يوسف وهذا علی قول مشائخ بلخ واما البخاريون فاخذوا بقول محمد كما تقدم وفی المبسوط وكان القاضی ابو عاصم يقول قول ابی يوسف من حيث المعنی اقوی الا ان قول محمد اقرب الی موافقة الآثار يعنی ما روی ان عمر جعل وقفه فی يد حفصة وغير ذلك ورد فی المبسوط بانه لا يلزم كونه فعله للتسليم بل لشغله وخوف التقصير فی امره وكذا ما روی من نصب المتولين لا لحظه غير تفرغ نفسه من امره واما قول محمد انه لو تم قبل التسليم الی المتولی صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق علی المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما فی يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن فی يد سيده المعتق له والناذر بالعين الكائنة فی يده هی وقيمتها توجب عليه اخراج احدهما من يده وهذه امور شرعية لا عقلية ومما بنی علی هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية فی عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده واخرجه من يده وسلمه الی متول فهذا جائز نص عليه فی السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولو لم يشترط ذلك لنفسه واخرجه من يده الی قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصی فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو اراد الواقف ان يعزل القيم ويرده لنفسه او يولی غيره ليس له ذلك قال ابو يوسف الولاية للواقف وله ان يعزل القيم فی حياته ويولی غيره او يرد النظر الی نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء علی ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم

قال وإذا صح الوقف على اختلافهم (وفي بعض النسخ وإذا استحق مكانه) قوله وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه قال رض وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره قال ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف رح لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رح لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رح أيضا اعتبارا بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضا عند أبي يوسف لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولأن المهاياة فيهما في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ إصطبلا في وقت بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة

إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم إلى القيم يتم الوقف فإذا سلم إلى قيم كان وكيلا له أن يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعله قيما في حياته وبعد موته وكذا انقض عليه ولو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد قوله وإذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه وهذا مذهب عامة علماء الأمصار إلا في قول عن الشافعي وأحمد أنه يدخل في ملك الموقوف عليه إذا كان أهلا للملك إلا أنه لا يباح ولا يملك والمختار الأول لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه لكنه ينتقل بالإجماع على قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري خرج من ملك الواقف يجب أن يكون قولهما لأن الصحة عنده اللزوم وعنده لم يقل أحد إن الرقبة خرج من ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال وأصح وصحة العقد لا يستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون حكمه اللزوم كالبيع والإجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر أنه تجوز بالصحة عن اللزوم قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع لأن القسمة من تمام القبض والقبض واجب وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشائخ بلخ أخذوا بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشائخ بخارا أخذ بقوله في وقف المشاع وأما إلحاق محمد رح بالهبة والصدقة المنفذة أي المنجزة في حال الحياة فإنما الإلحاق مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بأن اشتراط القبض في تلك لما فيها من التمليك المغير وأما الوقف فليس فيه تمليك حتى يشترط القبض وإنما هو إسقاط الملك بلا تمليك فأشبه العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل أن المشاع إما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه إلا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رح مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على إجازة وقفه إلا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي سواء كان مما لا يحتمل القسمة أو يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترط أبو يوسف جاز وقفه ولما شرط محمد منعه لأن الشيوع وإن لم يمنع من التسليم والقبض ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا للمالك قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رح عند إمكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فإنه يمكن أن يقسم ثم يقفه وإنما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقق التسليم في جملته وإنما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا أو مقبرة لأن الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولأن جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج إلى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجدا سنة وإصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أو مسكنا عاما وأما البيت فليس يلازم من المهاياة بل ليس شيء من ذلك ثم فيما يحتمل القسمة إذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة رح ويتهايئون وعندهما يقسم وأجمعوا أن الكل لو كان وقفا على الأرباب وأرادوا القسمة لا يجوز وكذا التهايؤ عليه فرع لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا وإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط فإذا انقرضوا أكريت ووضع غلتها للمساكين وليس لأحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الإعارة لا غير ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم إلا السكنى بالقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا وإناثا إن كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور أن يسكنوا نساءهم معهم وللإناث أن يسكن أزواجهن معهن وإن لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن يقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة إنما سكناه لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم ومن هذا يعرف أن لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة **قال** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رحمه الله اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص

حصته على الساكن بل ان احب ان يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة او زوج ان كان لا يصيبهم ذلك الا ترك للتصنيف وخرج او حبسوا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفروع في اوقاف الخصاف ولم يخالفه احد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو قسمها اعني الواقف للشائع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء او قبله على قول ابي يوسف رحمه الله فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه ان يقفه ثانيا **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعني شائعا بطل الوقف عند محمد رحمه الله لان الاستحقاق ظهر ان الشيوع كان مقارنا للوقف كما في الهبة اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض ورجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طارئ واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف ان يبيع ذلك ويشتري بثمنه بجملته وقفا ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع فلهذا جاز في الابتداء ان يقف ذلك الباقي فقط وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق المعين لا تبطل لو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها الى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر ان ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق بنصيبه على حدة وعلى حدة الاخرى انه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة ايضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها شائعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لان قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا فكذا قبض الوالي هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع **قوله** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال ان يخرب الموقوف عليه وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم هذا كلام القدوري وهو كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على قول ابي يوسف بقوله ان موجب الوقف يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله زوال الملك بلا تمليك وزواله لم يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لانه انما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع ملك الجهة او الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صارت للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف هنا عنه حيث قال وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة ينبئ عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق وعندهما يشترط قال المصنف هذا هو الصحيح عند محمد ذكر التأبيد شرط لانه صدقة بالمنفعة او بالغلة ان لم يكن في السكنى وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فمطلقه لا ينصرف الى المؤبد بعينه فلا بد من التنصيص وكان الاولى ان يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلها الاول اما ما اوجبه الا افادة ظاهر الرواية عن ابي يوسف بان بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف او ورثته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عن ابي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما اذا تصدق على امهات اولاده في حياته وجعل لمن السكنى بعد وفاته واي امرأة تزوجت منهن وخرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لمن في الغلة الا انه قال فان لم يبق منهن كان ميراثا على فرائض الله عند ابي يوسف لما بينا انه يتوسع في امر الوقف فلا يشترط التأبيد فاشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه

عنده فاما عند محمد فالتابيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يجعل ذلك وصية بعد موته فيجوز كالوصية لسكنى دار لعلوم داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود الى الورثة اذ اسقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل الناطفي في الاجناس عن مشروط محمد بن مقاتل عن ابي يوسف اذا وقفها على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ولذا عرف عن ابي يوسف من جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان واما الشرط الذي تقدم وهو قوله ان تزوجت او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصح فلو طلقها زوجها او مات او عادت بعد انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها باحد هذه الصفات فلا يعود الا ان ينص على ذلك فيقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها **قوله** ويجوز وقف العقار وهو الارض مبنية كانت او غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخاصة وفي فتاوى قاضي خان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل او لا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة مفهومة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا يدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجرة تقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض اصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ماء في ارض مملوكة او طريق **وقوله** لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا واسانيدها مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف دارا له على المردودة من بناته قال المردودة هي المطلقة والفاقدة لستر ماتت زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا جعلها لابن السبيل صدقة واخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي انه كان يقول انا ابن سبع الاسلام اسلم ابي سابع سبعة وكانت داره على الصفا هي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام واسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر ان نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى ان قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق ابو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر رضي الله عنه بربعه وتصدق سعد بن ابي وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على ابي حنيفة في عدم اجازة الوقف **فرع** اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغنى بشهرتها عن تحديدها **فرع آخر** وقف عقارا على مسجد او مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز ويصرف غلتها الى الفقراء الى ان تبنى فاذا بنيت ردت اليها الغلة اخذا من الوقف على اولاد فلان ولا اولاد له حكموا بالصحة وتصرف غلته الى الفقراء الى

ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رحمه الله معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها

ان يواجه بفلان **قوله** ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول كذا قال القدوري قال المصنف وهذا على الارسال اي على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله ثم قال القدوري وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز والاكرة الحراثون وكذا سائر آلات الحراثة اذا كانت تبعا للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كبيع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وكذا الكبير يستغنى عن العبد ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف صرح بها والا فالنفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فاخذ ديته عليه ان يشتري بها آخر ولو جنى احدهم جناية فعلى القيم ان ينظر ان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه او فداه من مال الوقف واذا فداه بفدية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين ومحمد مع ابي يوسف يعني فلا معنى لافراد ابي يوسف لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده اي عند محمد فتجويزه تبعا للعقار اولى وضمير لانه للشان الا ان الوقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فانه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف وقال محمد يجوز حبس الكراع وهي الخيل والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه ايضا في ذلك على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل من شرط التأبيد والمنقول لا يتأبد وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه اي الكراع والسلاح منها قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين عن ابي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله واما خالد فانكم تظلمون خالدا وقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله واما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو علي ومثلها ثم قال اما شعرت ان عم الرجل صنو ابيه واما ما ذكر المصنف من ان طلحة حبس دروعه وفي رواية ادراعه فلم يعد وان لم يعرف جمعه على اكراع لان فعالا لا يجمع على افعال بل على افعل كغراب واغرب الا ما ذكره في الصحاح حيث جمع قال والجمع اكرع ثم اكارع الا ان الطبراني اخرج عن ابن المبارك ثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن ابي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا ان اموت على فراشي وما من عمل ارجى من لا اله الا الله وانا متترس بها ثم قال اذا انا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عمل شيء ارجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وانا متترس بالسماء بليلة منتظر الصبح حتى تغير على الكفار واذا عرف هذا فالابل تدخل في حكم الخيل بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع انه روي ان ام معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني اريد الحج افاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة في سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز واما وقفه مقصودا ان كان كراعا وسلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجز التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والفاس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى لقاضي خان وقف بناء بدون ارض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف ما يفيد ان الارض اذا كانت متقررة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له ولم يقف الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق ان وقف رجل البناء قال ان كانت الارض اجارة في ايدي القوم الذين بنوا لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لانا رأيناها في ايدي اصحاب البناء توارثوها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها وانما له غلة يأخذها منهم وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في ايديهم يتبايعونها ويؤاجرونها ويجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره فكذا ان ما كان مثل ذلك جاز وقف البناء فيه الا فلا وذكر في موضع آخر من فتاوى قاضي خان ان بنى في مقبرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤه ميراثا ثم ذكر انه

وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه الله وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

انما خص البناء بذلك لان العادة ان يتخذ على حيطاني النهر العام يعني وذلك غير مملوك له ثم قال هذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون اصل الدار لا يجوز لا يجوز وقف البناء في ارض هي عارية او اجارة وان كانت ملكا لو اقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في ارض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى واطلاق الاجازة يعارض قول الخصاف في اراضي الحكور اللهم الا ان يحمل تخصيصها بسبب انها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعت وفي الخلاصة اذا وقف مصحفا على اهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر لا يكون مقصورا على هذا المسجد واما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول ابي يوسف ان القياس يأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد اكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما امكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك واحمد ايضا واما وقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والماكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي واما الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي لان حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين الفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن احمد لا يصح وقفه وانكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وحاصل المعارضة بان حكم الوقف الشرعي التأبيد ولا يتأبد غير العقار غير انه ترك في الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما دونهما فلا يلحق دلالة ايضا لانه ليس في معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشائخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما راوا من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في اوقافهم رجوت ان يكون جائزا وعن الانصاري وكان من اصحاب زفر فيمن وقف الدراهم والطعام او ما يكال او ما يوزن يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال او ما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة او بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط ان يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء ابدا على هذا السبيل يجب ان يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند الاكسية واستر الموتى اذا وقفت صدقة ابدا جاز فتدفع الاكسية الفقراء فينتفعون بها في اوقات لبسها ولو وقف ثورا لانزاء بقرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه ما دام حيا ان امسكه للجهاد له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان لجاعل فرس السبيل ان يجاهد عليه وان اراد ان ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه المسئلة دليل على ان المسجد اذا احتاج الى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه انتهى وهذا عندي غير صحيح لانه يعود النفع الذي لاجله استثنى ابو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو ان يتخذ مسجد المصلي فيه عاما واصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤجر لغير ذلك فيقول غايتها يكون السكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الحائض الجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير احكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير احكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فهو لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف اذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة ايضا يجوز وقف الغلمان والجواري على

قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وإن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

مصالح الرباط وإذا زوج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو أن في الأول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا لو زوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن **فروع** الوقف المنقول وقف دارا فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفها الحمامات الأهلية قال في التتمة هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عمن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا تقطع أصلها إلا أن تفسد أغصانها فإن لم تنتفع بأوراقها وثمرها فإنها تقطع ويصرف ثمنها إلى سبيله فإن نبتت ثانيا والأرض مكانها وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها **قوله** وإذا صح الوقف أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف حتى خرج عن ملك الواقف ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه هو بإجماع الفقهاء إلا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف ليصل ثوابه إليه على الدوام وذلك بخروجه عن ملك الواقف وبلا ملك لا تمكن من البيع وأما جواز القسمة أي عندهما فإن على قول أبي حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضي بصحة وقف المشاع لأنها ... وهو الراجح في غير المثليات فلأنها تمييز معنى وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف عند أبي يوسف ووقف المشاع إنما يجوز على قوله ولو طلب الشريك القسمة بعد موته فالقسمة إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فللقسمة طريقان أحدهما أن يقاسمه القاضي بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه إن أحب هذا لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن يكون أحد النصيبين أجود من الآخر فيجعل بإزاء الجودة دراهم فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز لأنه يصير بائعا لبعض الوقف وبيع بعض الوقف لا يجوز وإن كان الآخذ شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز لأن الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله إن أعطى الواقف لا يجوز يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لأن المعنى فيهما أنه أخذ الدراهم واعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائما عامرا أما إذا انهدم ولا حاصل يعمر به فيجوز لأنه رجع إلى ملك الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر لأن الوقف بعدما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف وأنت تعلم أن قول محمد برجوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لأن خلوصه لله أقوى من غيره من الأوقاف ولأن ذلك شرط الفائدة وتحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمر من غلته حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته وإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى قاضيخان إذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فإنما يصير لبيت المال إذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروي عن محمد لو ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا خاف المتولي على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا والفتوى على خلافه لأن الوقف بعدما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في أرض وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار

قال والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة **قال** فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير المالك

بل تكرى الدار ويستعان بغلتها على العمارة ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القلع بل بعده كذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة و في غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لأنها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي إذا تعين البيع كونه قبل الهدم وفعاله زيادة مؤنة الهدم إلا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره إذا استغنوا عنه **قوله** والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك ولم يشترط لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك بصرف الغلة مؤبدا ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لأداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لأن حصول منفعتها في كل وقت لا يتيسر إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة فإذا شرط ذلك في صك يقع الأمن بالشرط قال المصنف ولأن الخراج بالضمان أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي لكن ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فيقضي أنه يرد العبد على البائع بالعيب فيرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وإنما طابت لأنه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لأنه في يده انتهى ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم في معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل غرم بمقابلة منفعة وقوله وصار أي عمارة الوقف كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها تكون على الموصى له بها **قوله** ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم فلا يتصور أن يلزمهم لعدم اجتماعهم ولعسرتهم وأقرب أموالهم هذه الغلة الكائنة للوقف فتجب العمارة فيها **قوله** ولو كان الوقف على رجل بعينه أو رجال وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته فإذا مات فمن الغلة ولم تؤخذ من الغلة عينا لأنه رجل متعين يمكن مطالبته ثم هو يعطي إن شاء من الغلة وإن شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه إنما هي بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها فأما الزيادة فليست مستحقة فلا تصرف في العمارة إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض أي لا يزاد على الصفة التي كان عليها وعند آخرين يجوز ذلك أي الزيادة والأول أصح لأنه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة إذا احتيج إليها وتقطع الجهات الموقوف عليها لها إلا أن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الإمام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقبضون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لأن القيم لا يأخذ ما يأخذ إلا بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بلا عمل انتهى فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف أما إذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم **قوله** فإن وقف دارا على سكنى ولده أو غير ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول وهو العمارة أولى من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لأن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال أحدهما ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إلزام الضرر بإتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فيما إذا انعقد عقد المزارعة وبينا أن من عليه البذر إذا امتنع عن العمل لا يجبر عليه لذلك

قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لابد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه فى الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعنى النقض بين مستحقى الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم فى المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابى يوسف قال رض ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابى يوسف رح ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرازى وبه قال الشافعى رح وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض والافراز وقيل هى مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه فى حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه فى حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم فى حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رح ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه

ثم لا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لان المقدم فى خير التردد ولينى دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه مترددة فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة لرجائه اصلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه وانما قال اجرها الحاكم لانه لا تصح اجارة من له السكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفى تقريره طريقان احدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل ابيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة فى وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق تملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضى ان لا يصح اجارة المستاجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكر فالاولى ان يقال لانه يملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك اكثر مما ملك بخلاف الاعارة وبهذا الوجه والذى قبله يفيد ان لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة ايضا ليس له ان يواجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشنى انه روى فى المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك اجارة المتولى او القاضى ونقل عن الفقيه ابى جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يسترم يجوز اجارته وهذا فى الدور والحوانيت واما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يواجر وان لم يشترط ذلك فيجب ان يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضى من يستاجرها لم ار حكمه فى المنقول من المذهب والحال فيها تودى الى ان تصير نقضا على الارض كوما تسفوه الرياح وخطر لى انه يخيره القاضى بين ان يعمرها فيستوفى منفعتها وبين ان يردها الى ورثة الواقف والله اعلم قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو الحجر كالخشب والقصب قد ينفى عطفا على ما صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارته وذلك لتقدير فلا معنى للشرط فى قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا فى الحال صرفه اليها والا حفظ حتى يتهيأ ذلك وتحقق الحاجة فان الانهدام قد يكون قليلا فلا يخل بالانتفاع بالوقف ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى يحسن وتجب العمارة وان تعذرت اعادته بان خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه فى ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقى الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم فى العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم فى الغلة فقط واعلم ان عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف اما فيما اشتراه المتولى من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان فى صيرورته وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا فللقيم ان يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابى يوسف هذان فصلان ذكرهما القدورى شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابى يوسف وهو قول احمد وابن ابى ليلى وابن شبرمة والزهرى ومن اصحاب الشافعى ابن شريح ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازى وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى وانما نسب الى الرأى لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتى البصرى ويوسف هذا من اصحاب ابى حنيفة ثم قيل ان هلالا اخذ العلم عن ابى يوسف وزفر ذكره فى المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازى فى المغرب هو تحريف بل هو الرأى بتشديد الراء لانه من البصرة لا من الرى والرازى نسبة الى الرى كذا صحح فى مسند ابى حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعى ومالك الخلاف فى شرط كل الغلة لنفسه او بعضها لنفسه وبعده على الفقراء او بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف فى اشتراط القبض اى قبض المتولى فلما شرطه محمد منع

ولأبي يوسف رحمه الله ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

الغلة لنفسه لأنه حينئذ لا ينقطع حقه فيه لا ما شرط القبض لا ينقطع حقه ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه وقيل مسئلة مبتدأة غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما إذا شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الأصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان فإن الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولأمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعا لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في الأصل لو وقف إذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم أما لو وقف على عبيده وإمائه فلا يجوز عند محمد لأنهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة أو السكنى فاشتراط البعض والكل لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بأن تصدق على فقير بمال وسلم إليه على أن يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة إذ لم يكن مملكا على هذا التقدير إلا ما وراء ذلك القدر وكذا في الصدقة الموقوفة وكشرط البعض لبقعة المسجد لنفسه بيتا ولأبي يوسف ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فإن الإجماع على أن الواقف إذا لم يشترط لنفسه الأكل منها لا يحل له أن يأكل منها وإنما الخلاف فيما إذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف إلا أن في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه أن حجر المدري أخبره أن في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه كذا قرره المصنف على ما سلف لينافي اشتراط التسليم إلى المتولي عند محمد ينبغي أن يقرر بهذا الموقوف إزالة الملك الكائن بالعين مع إسقاطه لا إلى مالك ابتغاء مرضات الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك كما إذا بنى خانا أو شرط أن ينزل فيه أو سقاية وليشترط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة روي معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معدي كرب عنه عليه السلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وأخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا حلالا فأطعم نفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله فإن له به زكوة ورواه الحاكم إلا أنه قال فإنه له زكوة وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه وأخرجه الحاكم أيضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه فهو صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى به عرضه قال أن يعطي الشاعر وذا اللسان المتقى وقال صحيح الإسناد وأخرج الطبراني عن أبي أمامة عنه عليه السلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه السلام قال للرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك الحديث فقد ترجح قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضي دينه من غلته وكذا إذا قال إذا حدث علي الموت وعلي دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها

ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل

قيل ان ينفق ذلك هل يكون في ذلك لورثته او لابن السبيل قال يكون لورثته لانه قد حصل في ذلك كان له فقد عرف ان شرط البعض لنفسه لا يلزم كونه بعضها معينا كالنصف والربع وكذلك ان قال اذا حدث علي فلان الموت يعني الواقف نفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من كل عشرة اسهم سهما سهم يجعل في الحج عنه او في كفارات ايمانه وفي كذا وكذا وسمي شيئا او قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما ليصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا اسبله على ما سبيله **قوله** ولو شرط الواقف ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانها فهو جائز عند ابي يوسف وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا ان يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص له بذلك على وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل كان له ذلك وليس للقيم الا ان يجعل له واذا ادخل واخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرط ولو شرط للقيم ولم يشترط لنفسه كان له ان يستبدل بنفسه لان افادة الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد لشرط الاستبدال للقيم بحيوة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضي خان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى فتكون وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا يفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض اخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان ياذن في بيعها اذا راه انظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا اذ هو اشتراط عدم حكمه وهو التابيد بل هو تابيد معنى ولا ابطال حكم الوقف اذ يصح الخروج عن ملكه ولكنه بيد لا نقول حكمه ذلك على وجه ينعقد فيه شرط الذي شرط في اصل الوقف اذا لم يخالف الشرع وهيهنا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال وهذا ابين حظا من يجوز استبدال الوقف وكذا عن ظهير الدين رحمه الله عنه لعدان كان لا يفتي به لا يوجب نباعه مع قيام مرجحه ولو اريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان احسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرط الاستبدال وهو مسئلة الكتاب او لا عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضي خان وان كان لا لذلك بل اتفق انه امكن ان يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة اخرى ولانه لا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه على ما كان ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن ابي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب ابي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط اشار في السير الى انه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال بنفسه اذا شرطه وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في اصل الاستبدال ذلك والا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا ان محل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم يشترطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على ان يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم ان يوصي بالاستبدال لمن يوصي اليه عند موته بالوقف **فروع** من الاستبدال لو قال على ان ابيعها بقليل او كثير او على ان ابيعها واشتري بثمنها عبدا نص هلال على فساد الوقف كانه قال على ان ابطله او اذا قال على ان ابيعها واشتري بثمنها ارضا جاز استحسانا او قال على ان استبدل ارضا اخرى ليس له ان يجعل البدل دارا ولا على العكس وتقال عن ... وليس له ان يستبدل بغير ... لان

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد رحمه الله الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

الا ان الاكثر [illegible] تخلفت في [illegible] الارض [illegible] ان كانت [illegible] استبدال ولم يذكر [illegible] من العقار [illegible]

[illegible] الثمن [illegible] ضمان عليه لو اشترى

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

الاستبدال [illegible] مع اخذ على ان يستبدل [illegible] الذي [illegible] شروط [illegible]

[illegible] كان للكل ان يتصرف [illegible]

في ذلك كالبيع بالاولى قوله ولو شرط اي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة ايام بان قال وقفت داري هذه على كذا على اني [illegible] ثلاثة ايام جاز [illegible]

والشرط [illegible] ابو يوسف وقال [illegible] الوقف باطل [illegible] الشافعي واحمد [illegible] قال [illegible]

[illegible] لينقطع حق الواقف ولا شك ان شرط الخيار يفوت [illegible] المذكور [illegible]

[illegible] قول [illegible] جواز شرط الخيار [illegible] عن ابي يوسف ان الوقف جائز والشرط [illegible]

في انه ازالة الملك لا الى مالك ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط كذا يجب هذا ولذا اتفقوا على ان شرط الخيار في [illegible] يبطل [illegible] المسجد [illegible]

قال الصدر [illegible] على قول محمد ينبغي ان يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد [illegible] من [illegible] شرط الوقف [illegible]

شرط الخيار لا تتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلوة فيه بجماعة وكذا في [illegible]

فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في اصل الوقف تم [illegible] وقد [illegible] فيه وتقييد الخيار بثلاثة ايام ليس قيدا بل ان يكون [illegible]

حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روي عن ابي يوسف انه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يبين

[illegible] الوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار

في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرط اكثر من ثلاثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب

العقد فاذا اسقط قبل الثلث جاز ذكره في فتاوى قاضي خان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل على ان يقرضه

دراهم جاز الوقف وبطل الشرط في فتاوى قاضيخان ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف

ولو اشترى ارضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لا يكون للوقف بل له ان يضع به ما شاء فرع اشترى ارضا على انه بالخيار

فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الا [illegible]

واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشائخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل **فصل**

قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي كذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها ثم قبضها **قوله**

واما فصل الولاية فقد نص محمد يعني القدوري على قول ابي يوسف حيث قال او جعل الولاية اليه جاز على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا قال المصنف وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه فقال وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشائخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم تبق له ولاية فيه فهذا يدل على انه لم يثبت تصريح محمد به ولهذا اطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب اورد على هذا ان مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم ان لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لان التنافي بين اشتراطهما وجمعهما بين احدهما ان تأويل ذلك ان يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولي فان الولاية يكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضي خان ذكر محمد في السير انه اذا وقف ضيعة من اخر جهاد الى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك لا اذا كان شرط الولاية لنفسه لانه اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى ان قال وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم الا ان شرط الولاية لنفسه واما على قول ابي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتتمة والآخران معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهي له لانه اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد ايضا لان شرط الوقف نوعي من ضرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد مر منا نوع آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول ابي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا تكون له ولاية وغيره استفاده الولاية يستفيد منه تعالى ان يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير اجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم الى غير مختار من يصلح لذلك هو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله تعالى لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وتخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد تم قوله ولانه اقرب الناس الى الوقف فكان اولى بولايته دليلا على ذلك فان القاضي ليس اقرب منه اليه والفرض ان الواقف عدل مأمون فهو احق من القاضي لانه وان ازال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف يصرفه الى الجهات التي عينها وهو انصح لنفسه من غيره فينتصب وليا وقوله كمن اتخذ مسجدا كان اولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه اما عمارته فلا خلاف نعلم فيه واما نصب الامام والمؤذن فقال ابو نصر فلاهل المحلة وليس للباني احق منهم بذلك قال ابو بكر الاسكاف الباني احق بنصبهما من غيره كالعمارة قال ابو الليث وبه نأخذ الا ان يريد اماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم ان يفعلوا ذلك كذا في النوازل ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي ان يخرجه نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا لو شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجه عنه ويوليها غيره لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف بحكم الشرع فيبطل وصرح بان مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان لو جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فاوصى احدهما الى صاحبه في امر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن ابي حنيفة لا يجوز لانه انما رضي برأيهما وفيها لو جعل رجل وقفا في مرض الموت فجعل رجلا وصيا لنفسه ولم يذكر من امر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا يكون الى الوصي الا ان قال انت وصي في امر الوقف خاصة قال ابو يوسف هو كما قال فقال ابو حنيفة هو وصي في الاشياء كلها

فصل لما اختص المسجد باحكام تخالف احكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند ابي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا التصريح

وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رحمه الله عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وكذا عن محمد رحمه الله لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد رحمه الله أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بني لذلك في الغالب وقال أبو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل **قال** ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رحمه الله على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا **قال** وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رحمه الله أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصير مسجدا لأنه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر

ولا يجوز مشاعا عند أبي يوسف لأن اشتراط التسليم إلى المتولي عند أبي محمد أفرده لتفصيل على حدة وآخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا من لو اشترى أرضا شراء فاسدا وقبضها ثم تصدق بها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة أنه لو اشترى أرضا شراء فاسدا وبناها مسجدا جاز عند أبي حنيفة وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الأرض إلى البائع لفساد البيع قال فاشتراط البناء له دليل على أن لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال أنه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أيضا روايتان والفرق على إحداهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح حقا لله ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد وكان له أن يبطل المسجد **قوله** وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول إلا بالصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قولهما فلأن الملك لما لم يزل بمجرد القول فمشى محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا تعيين المتولي لأن تعيينه لتحقق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله تعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعته إليه غير أن المتولي يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقتباض الغلة لهم ثم الكل وقف في العادة بغير متعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك إذ ليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو الصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لأن فعل الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لأن الصلاة إنما اشترطت لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة لأنها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا اشترطوا كونها بأذان وإقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذنا وإماما فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن أتى بعده على ذلك الوجه عند البعض وقولنا لا تعيين المتولي يفيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صح وإن لم يصل فيه أحد وفيه خلاف المشايخ والوجه الصحة لأن بالتسليم إلى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم إليه تعالى لرفع يده عنه ووجه أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم ما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت كذا صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها إلا التصدق بالغلة وهي معدومة ولا يصح بل توقفت ينبني على الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فإنه ليس مبنيا على إبقاء الملك فيحتاج إلى القضاء بزواله فإذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجدا إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قربة فكان كالوقف على فقراء ونحن نقول إن العرف جار بأن الإذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية تفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما إلى ضيفه أو نثر نثارا كان إذنا في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والإذن بالاستغلال ولو جرت به في عرف اكتفينا بذلك كمسألتنا والثاني أنه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن في الصلاة ولم يأذن ويصير مسجدا لأنه إسقاط كالإعتاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف أن كلا من مجرد القول والإذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف **قوله** ومن جعل مسجدا

قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه

سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبريد الماء وغيره او فوقه بيت ليس احد منهما للمسجد فليس بمسجد وله بيعه ويورث عنه ولو كان باب الى الطريق لبقاء حق العبد متعلقا به والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شئ لله تعالى كان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بالانقطاع عن كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في [illegible] صاحبه ان ينقب فيه كوة او يتد فيه وتدا على قول ابي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء الا باذنه [illegible] مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب او العلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد [illegible] مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب روي عن ابي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو [illegible] وهذا التعليل للحكم بوجود الشرط فان التابيد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق [illegible] هو تعليل لحكم الشئ وهو متوقف على وجوده وعن ابي يوسف انه جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق [illegible] الرى وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس فيه اذنا عاما له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد لا حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه الاربع كان له حق المنع ولم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى [illegible] وعن ابي يوسف ومحمد انه يصير مسجدا الا انه لما رضي بكونه مسجدا ولن يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مذكورا دلالة كما يدخل في الاجارة بلا ذكر **قوله**

ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع ولا يورث عنه يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضي خان رجل له ساحة لا بناء فيها امر قوما ان يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلوة ابدا او امرهم بالصلوة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه اراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان امرهم بالصلوة شهرا او سنة ثم مات يورث لانه لابد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجدا اذا اطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه اراد الابد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه ارض وقف عليه او حانوت جاز ان يوخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل اخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة ادخل بعضه بشرط ان لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه ابي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز ان يجعل شئ من الطريق مسجدا او يجعل شئ من المسجد طريقا للعامة انتهى يعني اذا احتاجوا الى ذلك لاهل المسجد ان يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب او يحدثوا له بابا ولو اختلفوا ينظر ايهم اكثر ولاية لذلك لهم ان يهدموه ليجددوه وليس لمن ليس من اهل المحلة ذلك كذا لهم ان يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصير كل ذلك من مال انفسهم اما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المعرفي علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا اراد ان يبني حوانيت في المسجد او في فنائه لا يجوز له ان يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة المسجد واما الفناء فلانه تبع للمسجد **قوله** ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه ويستغنى عن الصلوة فيه اهل تلك المحلة او القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي وعن احمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي ان عمر كتب الى ابي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع

يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

هو ايضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكه وهدي الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء واستدل ابو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا ان للقائل ان يقول القربة التي عينت له هو الطواف من اهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك مان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على ان الايمان لم ينقطع من الدنيا راسا فقد كان لمثل قيس بن ساعدة امثال فالاوجه انه لما تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من اهل الدنيا الا بسبب يوجب تجدد الملك فما لم يتحقق لم يعد واما ما قاس عليه من هدي الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملكه لكنه انما اباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى لم يستغن فيعود الى المسجد واما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجدا ليصلي فيه اهل المحلة لا غير بل ليصلي فيه العامة مطلقا اهل تلك المحلة وغيرهم واما استدلال احمد بما كتب عمر لابن مسعود لانه يمكن انه امره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدل بالانتفاع بالاستبدال ورد بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع ان يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه او ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا في محلة ومات اهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا عن محمد فهو رواية في الحصر والبواري انها لا تعود الى الوارث وهكذا النقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد او الحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه يصرف اوقافه الى مسجد آخر او حوض آخر واعلم انه يتفرع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد بخراب المحلة والقرية وتفرق اهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته انه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه او ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر لشيء البتة يخرج عن الوقف وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتامل عند الفتوى غير الواقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن اوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها اخرى قال نعم وروى هشام عن محمد انه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي ان لا يبتنى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله او خرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي ان يبيع من تراب مسبلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضي خان وقف على سبيل خرب ولا ينتفع به ولا يستاجر اصلا يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان اصله يستاجر بشيء قليل يبقى اصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استاجر ارضها من يبني او يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع انه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدا بما اذا لم تكن ارضه بحيث يستاجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى فامتنعت بانهدامها بخلاف هذه فان المراد وقف لاستغلال لحاجة المسجد لو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم بامر الوقف الى ان يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه ذلك كذا اذا يبس بعض اشجار الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض كذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيها سوى الغلة بل الحال ان امكن شراء شيء يستغل ولو قليلا او اجارة

قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابى حنيفة رح لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابى يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه

الارض لمشتر ولو قليلا فعل لحفظ العمارة ما بقى ولو خرب الكل وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا ح يرجع الى ملك الواقف **قوله** ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابى حنيفة رح ولو سلمه الى متول لانه لم ينقطع حقه عنه الا ترى انه ينتفع به فى الحال فله ان يسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت لتكون وصية فيلزم بعد الموت وله ان يرجع عنه قبل الموت على مر لما فى الوقف على الفقراء بل اولى لان الثابت فى كل منها لفظ ينبئ عن الخروج من الملك كما قدمناه فى وقفت وتصدقت وفى هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه بخلاف المسجد لا يشترط فى زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حكم الانتفاع به فخلص لله تعالى بلا حكم وعند ابى يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو اصله وهو قول الائمة الثلاثة كما مر وعند محمد لا يزول حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا فى المقبرة لان التسليم عنده شرط وتسليم هذه بما ذكرناه من سكناهم الخان والرباط الى آخره ويكتفى بالواحد فى التسليم الموجب لزوال الملك لتعذر فعل الجنس اى تسليم الكل فعلى تقدير تسليمهم على هذا البئر اذا احتفره والحوض يزول الملك اذا استقى منها واحد او شربت دابة ومن ذلك لو اخذ قطعة ارض له فى طريق المسلمين جعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد باذنه على قول من يشترط القبض فى الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين يلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها بامره اياه ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه اعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض لانه اعنى المتولى نائب عن الموقوف عليهم ففعله اى تسليمه كفعلهم اى تسليمهم واما فى المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه المص الصحة بانه اى المسجد يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم لانه متول له عرفا واختلف فى المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكفى فى ازالة الملك عنه التسليم الى متول لانه لا متولى له فلا يزول الملك الا بالدفن فيها وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولى **قوله** ولو جعل دارا له بمكة سكنى للحاج والمعتمرين او جعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين او جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة فى سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها اى فى السقاية والمقبرة وفى الدار المسئلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك لقدره وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولى كقول ابى يوسف وعند ابى حنيفة له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع فى المحل الذى فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع فى المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوى ويزرع وهذا على غير رواية الحسن الفتوى فى ذلك كله على خلاف قول ابى حنيفة لتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان فى المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل فى الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء فى الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان فى عقار وقفه دخلت فى الوقف تبعا لو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس ان لم يعلم فالرأى فيها للقاضى ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك فتكون فى الحكم كانها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض مواتا ليس لها مالك فاتخذها اهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو ان رجلا غرس شجرة فى المسجد فهى للمسجد او فى ارض موقوفة على رباط مثلا فهى للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهى له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية فلا يكون غارسا للوقف ولو غرس فى طريق العامة او على شط النهر العام او شط الحوض القديم فهى للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فنبتت من عروقها اشجار فهى للغارس ولو بنى رجل فى المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان فى الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره ان يقبر فيه وان كان فى الارض سعة الا ان الاولى ان لا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة فى المسجد او نزل فى الرباط فجاء آخر لا ينبغى ان يوحش الاول ان كان فى المكان سعة فذكر الناطقى انه يضمن

ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم

قيمة الحفر ليجمع بين الحقين لا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الداثرة فلو كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب لا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرنا من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوي الغني والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف الفارق فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول لان الغني لا يقدر على استصحاب البئر في كل مكان ولا على ان يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباطات ان يخص سكناه بالفقراء لان العرف على ان بناء الاربطة للفقراء وههنا فصلان في المتولي والموقوف عليه في التولي

الفصل الاول في المتولي قالوا الا يولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد وللمتولي ان يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا في الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولي بلا اجرة كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال او غير معد له حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري اجرة مثله وللمتولي ان يستاجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك باجرة مثله او زيادة يتغابن فيها فان كان اكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير ان ما اخذه من مال الوقف لا يحل له وله ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو ادخل جذعا من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا انفق على الصغير وله ان يشتري من غلة المسجد دهنا وحصيرا واجرا وجصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل بما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله امر لا بد منه فيستدين بامر القاضي ويرجع في غلة الوقف وذكر الناطفي وكذا له ان يستدين في الزراعة الوقف وبذره بامر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصح بامره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة ان لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع اما اذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من ماله له ان يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل فسكنها المرتهن ضمن اجرة المثل ولو انفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم انفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل لو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله ان يبني على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته او ترميمه فلا والاصح ما قال ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وقيما بناء على قول ابي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصي قيما في الوقف قيم مسجدات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل قيما بغير امر القاضي فقام وانفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشائخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل القيم الى القاضي لكن لا يضمن ما انفق في العمارة من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تصح ولايته غاصب وغاصب الغاصب اذا اجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضي خان واعلم ان المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقفا على

والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقيل هى بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة

ارباب معلومين فان لهم ان ينصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قيل الاولى ان يرفعوا امرهم الى القاضى لينصب لهم وقيل بل الاولى فى هذا الزمان ان لا يفعلوا وينصبوا هم وليس للمشرف ان يتصرف فى مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف فى معنى المشرف وللمتولى ان يفوض الى غيره عند موته كالوصى له ان يوصى الى غيره عند موته الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولى المسمى لم يكن للمتولى ذلك بل يرفع الامر الى القاضى او اشترع لعمله ليفرض له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضى ان يجعل للذى كان ادخله ما كان الواقف جعله للذى كان ادخله لان للواقف فى هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا فى ثلاث مسائل هذه احديها والثانية اذا اودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع والثالثة القاضى اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ثم مات ولم يبين عند من اودع لا ضمان عليه اما لو كان القاضى اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندى او انفقته عليه ومات لا يكون ضامنا اما لو مات قبل ان يقول ضمن وكذا لو باع المتولى دار الوقف ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون دينا فى تركته وللناس ان يأخذوا المتولى بتسوية حائط الوقف اذا مال الى الملك فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضى ليامر بالاستدانة لاصلاحها وله ان يبنى قرية فى ارض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وان يبنى بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبنى وفى النوازل فى ارض الوقف ان فضل من مال الوقف قال ان كان احرز للغلة وارجى ان يكون واسعا ولا يوجد للوقف اجارة طويلة واكثر ما يجوز ثلاث سنين وليس له الا قالة الا ان كانت انفع للوقف ولو زرع الواقف او المتولى ارض الوقف وقال زرعتها لنفسى قال المحققون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولى فى هذا نقصان الارض وليس عليهما اجر مثل الارض ويقول القاضى له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يامره بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكننى [يمكننى] يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف فى يد الواقف فهو احق به ولا يخرج عنه الا ان يكون غير مامون ذكر هذه المسئلة بفروعها فى فتاوى قاضى خان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان دام اقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علته عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله ان يعزله ويستبدل به او لا يستبدل ولو جن الناظر وكيله ويرجع الى القاضى فى النصب لو خرج حاكم قيما فمات او عزل فتقدم المخرج الى القاضى الثانى بان ذلك القاضى اخرجه بلا حجة لا يدخله لان امر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه ان يثبت عنده انه اهل وموضع للنظر فى هذا الوقف فان فعل اعاده وكذا لو اخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة تاب الى الله واقام بينة انه صار اهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يفعل الا ما يفعله امثاله من الامر والنهى بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للحملة بايديهم فلذا قلنا لو عمى او طرش او خرس او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهى والاخذ والاعطاء فله الاجر الذى عينه له الواقف وللناظر فى الوقف على الفقراء ان يعطى قوما مدة وله ان يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يسمى اصحاب تصرف فى وقف الخصاف ان حكم القاضى ان لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره ما لم يحكم بذلك له ان يعطى غيره ويحرمه لان فى كل منهما تنفيذ شرط الواقف

وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا ثبت واحتى ظفرت فى المستاية العقوبانية ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثانى فى الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين كذا على زيد وعمرو فرد احدهما وظهر انه كان حيا فنصيبه

ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره فى غير مكة سكنا للمساكين او جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة فى سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان فى الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء

للمساكين وكذا اذا ردوا جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود ومن اجل سنة ليس له ان يرد بعد ذلك ولو قال لا اقبلها سنة واقبل ما سوى ذلك فانه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من اهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين سماها ليس له ان يرد بعدها وقوله على ولد فلان ابدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع اليهم الا ان يردوه ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف ما لو اوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات اثنى عشر فرد واحد فحصته لورثة الموصي هذه مما افترق به الوصية والوقف انتهى ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يبطل رده فى رد الولد صغارا كانوا او كبارا او وقف على ولده ثم للمساكين فلولده لصلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا ان يخص صنفا ما دام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل فى ظاهر الرواية وبه اخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم اليه ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم المساكين اشترك الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصححه فى فتاوى قاضي خان وانكر الخصاف رواية حرمان اولاد البنات وقال لم اجد من يقوم برواية ذلك عن اصحابنا وانما روي عن ابي حنيفة فيمن اوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم موت الموصي كان بينهم فان لم يكن له اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكانهم قاسوا على ذلك هذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بان ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل فى ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع فى ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد ان ولد الولد يتناول نسل البنت عند اصحابنا لكن ذكر الصدر فى التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا فى الاختيار والوجه ما ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت حقيقة من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد فلان كذا او كذا او لو ابنه وكلام الواقفين منسوب اليهم الى العرف فانما يحمل عليه بخلاف ما اذا لم الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال لها ولدت ذكرا او انثى فان الاستفهام ظاهر فى الذكر بخصوصه اذا عرف اختلاف قول الاصحاب فى اولاد اولاده فيجب لو قال على الذكور من اولادي واولاد اولادي لا يدخل اولاد البنات على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لا في ابن الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال لذريته صرفت الى اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان فى نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا ان يرتب البطون ولو قال اولادي بلفظ الجمع دخل النسل كله كذا ذكر الطبقات الثلاث [illegible] ولو قال لذكور اولادي ولاولادهم لا يدخلون مع اولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال على اولادي فانما اراد الموجودين [illegible] بخلاف اولادي واولاد اولادي حيث يقتصر على اولاد الموجودين فيدخل الاولاد الذين قبل موته ولو قال اولادي وهم فلان وفلان [illegible] للفقراء فمات احد الثلاثة [illegible] نصيبه للفقراء لا للباقين بخلاف ما لو قيل على فلان وفلان بل اولادي ثم الفقراء [illegible] الكل للولد ولو قال على بني زيد وكان من ذكر [illegible] فالنصف والنصف الآخر للفقراء لان اقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كل اثنين [illegible] على المحتاجين من ولده وليس فى ولده محتاج الا واحد له النصف والنصف الآخر للفقراء [illegible] بالولد فانه يصرف للواحد الكل [illegible] فى اولادي [illegible] كل جمع [illegible] ونقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد [illegible] نصيب الفقراء الواحد [illegible] ابي يوسف لان الفقراء لا يحصون [illegible] تدخل البنات فى قوله بني واختاره هلال ومن ابي حنيفة [illegible] الذكور [illegible] بعض المشائخ فى المسئلة روايتان [illegible] فى الخلاصة هذا انما يستقيم فى بني آدم يحصون [illegible] فيصح ان يقال هذه المرأة من بني [illegible] ثم المستحق من الولد كل من [illegible] خرج من نخلته [illegible] الغلة [illegible] ولو مات [illegible]

وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء

كان لوقته وبهذا فارق ولد الزوجة اما ولد الجارية منه لو ولد لاقل من ستة اشهر فاعرف لا يستحق لا يستهم في الاقرار على الغير مع انه باستحقيقه بخلاف ولد الزوجة فانه يصير ثابت النسب وليهات حالوقف لانه عن غيره تحمل وقت تمكين فيصير الرجوع آية فولدت الجارية لسنتين من يوم الوقف استحق من كل غلة خرجت بعد ما بين لك لكن الولد يعقب الوقف بالاحتمال وكذلك بخلاف اذا كان الموت والطلاق بعدما لم يمكن من ابيه لانه من حمل حادث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذكره في فتاوى قاضي خان هذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة وينبغي ان يعتبر وقت امانة العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده واما على طريقة بلاد نامن اجارة ارض الوقف لمن يزرعها لنفسه باجرة تستحق على ثلاثة اقساط كل اربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذه الاقساط من الغلة وهذا كله بخلاف ما لو قال على اصاغر ولدي والعور منهم والعميان فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعميان يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على مساكين البصرة مثلا او بغداد فيعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان المكان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج سقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على ان من تزوجت سقط سهمها فتزوجت واحدة ثم طلقت لا تعود الا ان كان نص على ذلك كل من مات من المستحقين في السنين الواقف صار حصته بعد موته تقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة في كل سنة فيعطى الغني والفقير من الاولاد الا ان يعين المحتاجين منهم له فيلزم فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يبينها عند القاضي ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقديم البينة غناه لانها اكثر اثباتا ولو كان ولد لاقل من ستة اشهر من خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في البطن سواء لم يجعل نفقته الحامل في مال من في بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين فمن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل في وقف الخصاف ولو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى كل من كان فقيرا يوم القسمة ولا نظر الى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى فاعطيه بخلاف ما لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا الا مما يعد وكذا لو خص عميان ولده ونحوه وتعتبر الحاجة بالمحتاج الذي يصرف اليه من لا يدفع اليه الزكاة ولا يكون له ارض يكفيه ودار يستغلها وان لم يكف غلتها لكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها ويفضل منه اقل من نصاب بخلاف الدار التي يسكنها والخدمة وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال والحلم لو ذكر اولاده واقاربهم للغني والفقير منهم الا ان يخص الفقراء كما ذكرنا واما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيه نص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون اولا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون اغنيائهم فانبنى على هذا كما لو وقف على الرجال والنساء او المسلمين او العميان وعلى معلوم بعينها او على تميم او بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا تمييز في الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان والعور باطل من قبيل انه ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون كذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء وقال على اصحاب الحديث او الشعر كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الائمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء واهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر فقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسألة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهي ما اذا جعل غلة ارضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازه على الزمنى وبدفع للفقراء منهم وصرح في وقف الخصاف في الوقف على دار اهل بني فلان انه لكل رجل كانت يوم الوقف او حدثت سواء كن يحصين اولا وهو للفقراء منهن اذا كانت باقية فمن اعطي منهن

عند القسمة